



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2023-00051-01
Proveniente del Juzgado Sesenta y Dos (62) Civil Municipal de Bogotá D.C.
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: Marzo siete (7) de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación de los solicitantes: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

a) Accionante:

- **LUZ HELENA SÁNCHEZ DÍAZ**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.070.602.332, actuando en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por el tutelante en contra de:

- **FAMISANAR E.P.S.**

b) El juzgado de primera instancia vinculó al presente trámite a:

- **MINISTERIO DEL TRABAJO**
- **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**
- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES.**

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionante indica que se trata de los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad a la dignidad humana.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* La accionante manifiesta que:

- Es afiliada cotizante de FAMISANAR EPS desde el año 2012. El día 30 de julio del año 2022 dio a luz a su hijo, motivo por el cual el médico expidió una incapacidad médica por 126 días.
- De conformidad con la PQRSS radicada el 25 de octubre de 2022, FAMISANAR EPS expidió Licencia de maternidad N° 0009135198 con número de Autorización EPS 002463553 del 31 de octubre de 2022, causada desde el 30 de julio de 2022 hasta el 2 de diciembre de 2022.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- El día 5 de diciembre de 2022 radicó PQRSS a fin de obtener el pago de la licencia de maternidad, FAMISANAR respondió el 7 de diciembre de 2022 argumentando que para el pago debía enviar certificación bancaria y crearlo en su base de datos de tercero para pagos, procediendo de conformidad con lo solicitado.
- Se realizó PQRSS el 20 de diciembre de 2022 a fin de nuevamente obtener el pago de la licencia de maternidad a lo que FAMISANAR EPS respondió el 28 de diciembre 2022, negando el pago de la licencia argumentando que los pagos se realizaron por fuera de las fechas exigidas por la ley.
- Si bien es cierto el pago de los meses marzo y abril se generó de forma extemporánea, no se encuentra en mora y en debida forma se cancelaron y liquidaron los intereses que correspondían, por lo que la EPS FAMISANAR no puede negar el pago de la licencia de maternidad y afectar los derechos fundamentales de un menor y la madre lactante.
- No cuenta con recursos para alimentar y atender al menor, la EPS no rechazó el pago extemporáneo ni realizó acciones judiciales para el reconocimiento de la mora.

b) *Petición:*

- Tutelar sus derechos deprecados.
- Ordenar a FAMISANAR EPS que genere la autorización para que sean canceladas las incapacidades que se encuentran pendientes por aportar bajo la licencia de maternidad N 0009135198 con número de Autorización EPS 002463553, causadas desde 30 de julio de 2022 hasta el 2 de diciembre de 2022, así como los intereses de mora que haya lugar por el pago tardío hasta la fecha que se genere el pago.
- Ordenar a FAMISANAR EPS, que no repita las conductas vulneradoras de derechos fundamentales, en especial, las que tienen que ver con el pago de incapacidades a madres lactantes.

5- Informes:

- a) El **MINISTERIO DEL TRABAJO**, en su informe manifiesta que:
- Debe declararse la improcedencia de la acción de tutela contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta Entidad no es ni fue la empleadora de la accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre la demandante y esta Entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.
 - La accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

las relaciones laborales, así se desprende de lo previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social y que se tramitarán de conformidad con dicho Código.

- Por lo anteriormente expuesto, solicita declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno a la accionante.

b) **FAMISANAR EPS**, en su informe indicó que:

- Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago de/ periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora.
- El aportante que no cancele sus obligaciones en las fechas establecidas (Artículo 4 del Decreto 1670 de 2007), se hace acreedor al pago de un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios, tal como lo establece el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio del deber de pagar los aportes o cotizaciones en mora, así como a sanciones como el no reconocimiento de las incapacidades y licencias de maternidad.
- La tutela es un procedimiento preferente y sumario por medio del cual el accionante ante la INEXISTENCIA DE OTROS MEDIOS DE DEFENSA, incoa la misma con el fin de evitar la concreción de la amenaza sobre sus derechos. Ahora bien, se puede hablar de una situación en la cual el mecanismo de tutela asiste a la protección de los derechos aun cuando existen medios alternativos de defensa, tal situación es aquella en la cual existe una amenaza de perjuicio irremediable, la cual necesita de un pronunciamiento judicial expedito. En este sentido se tiene que este mecanismo es de stirpe subsidiaria y residual.
- Por esta razón la presente acción no está llamada a prosperar, dado que; no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a FAMISANAR EPS, porque la conducta de ésta, en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a todas las disposiciones legales relacionadas con el caso que nos atañe al no haber negación alguna de los servicios por parte de mi representada, por encontrarse el accionante afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Solicita declara improcedente la presente acción de tutela.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

6.- Decisión impugnada:

El *A-quo* profirió sentencia el 2 de febrero de 2023, concediendo el amparo deprecado, al considerar que:

- FAMISANAR EPS, al momento de resolver sobre el pago de la licencia de maternidad a la accionante, obvió el inciso final del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 29 de julio de 2022, así como lo dispuesto en el artículo 2.2.3.2.3 del mismo, pues de no encontrarse acreditado el pago de todos los meses y si la cotizante independiente tiene un IBC equivalente a un salario mínimo, debe pagarse la totalidad de la licencia, si el periodo sin cotizar es inferior a dos meses.
- Teniendo en cuenta que en este caso el inconveniente para la no cancelación de la licencia reclamada, es que el pago para la totalidad de los meses correspondientes al periodo gestacional no se hizo el día sexto hábil, más no que no se hubieran hecho, y en atención a que el IBC de la demandante es el salario mínimo y con base en la normatividad expuesta, FAMISANAR EPS es responsable de pagar en su totalidad la licencia de maternidad a la accionante.

Por lo anterior resolvió:

***PRIMERO: CONCEDER** el amparo a los derechos fundamentales de **LUZ HELENA SANCHEZ DIAZ**.*

***SEGUNDO:** En consecuencia, **ORDENAR** a **FAMISANAR E.P.S.**, por intermedio su representante legal, y/o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del enteramiento de esta decisión, proceda a reconocer y efectuar el pago de la licencia de maternidad No. **0009135198**, de forma completa a la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO:** Si esta decisión no fuere impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

***CUARTO: NOTIFÍQUESE** a las partes la presente decisión, por el medio más expedito y eficaz.”*

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

Inconforme con la decisión, **FAMISANAR E.P.S.** impugnó la misma argumentando que:

- La orden de tutela ocasiona una indebida destinación de recursos públicos del SGSSS, pues ocasiona el pago de prestaciones económicas sin haber cumplido con los requisitos legales y que se hacen exigibles como deberes de la usuaria dentro del SGSSS.
- Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago de/ periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- Se desprende la improcedencia del presente recurso constitucional por subsidiaridad, ya que no pudo constatar la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte tutelante pues, sobre sus derechos de salud y seguridad social puede acudir a la EPS a la que se encuentra afiliado a través; por su parte y respecto a la vulneración del mínimo vital no acreditó en el presente asunto dicha situación.

Por lo anterior solicita se revoque el fallo de primera y, en consecuencia, se niegue la presente acción constitucional.

8.- Problema jurídico:

¿Son suficientes los reparos presentados por la FAMISANAR EPS para acceder a lo solicitado, esto es, revocar la decisión de instancia que concedió el amparo y, en su lugar, negar el amparo invocado?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

En relación con el derecho al mínimo vital, la jurisprudencia lo ha contemplado como un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, pero que se constituye en un concepto indeterminado que depende de las circunstancias particulares de cada caso particular, al efecto indicó en sentencia T-157 de 2014:

“...el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida.

Bajo esta regla, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo a las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra.

Lo anterior conlleva, necesariamente, que el juez constitucional para efectos de otorgar o negar el amparo solicitado, en primer lugar, realice una valoración concreta de las necesidades básicas de la persona y su entorno familiar y de los recursos necesarios para sufragarlas, y, en segundo lugar, determine si el mínimo vital se encuentra amenazado o efectivamente lesionado”.

De la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha precisado:

6. El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “especial asistencia y protección del Estado” durante el embarazo y después del parto. En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad. Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer después del parto materializa los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución social, y los derechos a la vida digna y al mínimo vital de ella y su hijo.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo o hija. Así, esta prestación cubre no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento. (Subrayado fuera de texto)

b.- Caso concreto:

Revisada la impugnación presentada por FAMISANAR E.P.S., se advierte que se resolverá en primera medida lo atinente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento al pago de incapacidades, para determinar si se encuentra superado el requisito de subsidiariedad, que permita avanzar y resolver de fondo sobre el caso en concreto.

Cabe recordar que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, consagrado por el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, cuyo objeto es poder lograr el amparo de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o exista amenaza de vulneración, por acción u omisión de las autoridades o de los particulares bajo determinadas condiciones.

Es además un mecanismo subsidiario, en cuanto que sólo resulta procedente cuando se carece de otro mecanismo para su protección; no obstante procede excepcionalmente, aunque como mecanismo transitorio, así exista otro instrumento judicial, en cuyo caso deberá soportarse que dicho instrumento no es idóneo o eficaz, o cuando se busca evitar un perjuicio irremediable, de forma que el no recurrir a la acción de tutela, tal perjuicio se consumiría o porque quien acude a la tutela es un sujeto de especial protección constitucional.¹

Respecto a la excepcionalidad como mecanismo transitorio, debe el juez constitucional establecer si el instrumento judicial previsto por el legislador no sea idóneo o eficaz, o que se busque evitar un perjuicio irremediable.

En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad, si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.²

¹ Art. 86, ib. Art. 6, Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional, Sentencia T-526 de 2019.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En efecto, el Alto Tribunal de lo Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y del recién nacido, que hacen que se active la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.

En Sentencia T-503 de 2016, la Corte Constitucional indicó que existe una presunción de vulneración al derecho al mínimo vital de la madre y del menor recién nacido por lo cual el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, presume su vulneración, aplicando el principio de veracidad en pro de la protección de los menores.

Bajo dicha presunción de vulneración al mínimo vital, competía a FAMISANAR EPS, demostrar que no existe una vulneración al mínimo vital con base en las condiciones personales de la afiliada, lo cual no acaeció, por lo que, bajo estas pautas constitucionales, es sustancial el actuar del Juez de tutela y, se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad.

Ahora bien, superado lo concerniente a la subsidiariedad es pertinente indicar que la decisión impugnada será confirmada en su integridad dado que:

El Decreto 1427 de 2022, en su Art. 2.2.3.2.1 prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredítelas siguientes condiciones al momento del parto:

- 1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.*
- 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
- 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya Jugar (sic).

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto. para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.

(...) (Subrayado fuera de texto)

Para el caso concreto, revisados los documentos obrantes dentro del plenario, se tiene que la accionante cotiza como trabajadora independiente y tiene un IBC equivalente al salario mínimo, es decir, la norma en cita nos remite al Art. 2.2.3.2.3 del citado decreto, el cual indica:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.3 Licencia de maternidad de la trabajadora Independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando la trabajadora independiente, con



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas:

- 1. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.*
- 2. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos, procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.*

En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.”

Bajo esta premisa normativa, es preciso recalcar que la accionante no dejó de cotizar hasta por dos periodos tal y como lo indica en numeral primero del artículo en cita y mucho menos lo dejó de hacer por más de dos periodos, por el contrario, fueron cancelados todos.

En conclusión, si la norma otorga a la trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente la posibilidad de acceder al pago completo de la licencia cuando ha dejado de cotizar hasta por dos periodos, es claro que procederá también el pago completo de la licencia de maternidad en el caso en que no ha dejado de cotizar ningún periodo.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión impugnada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR la decisión por el medio más expedito.

Notifíquese,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

AQ.