

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2023 0063300

ACCIONANTE: BERONICA BELTRAN CIFUENTES

ACCIONADOS: FAMISANAR EPS

Bogotá, D.C., ocho (08) de junio de dos mil veintitrés (2023).

S E N T E N C I A

La suscrita juzgadora procede a resolver la acción de tutela promovida por BERONICA BELTRAN CIFUENTES en contra de FAMISANAR EPS

ANTECEDENTES

BERONICA BELTRAN CIFUENTES promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR EPS, para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y vida, presuntamente vulnerados por la accionada, al abstenerse de reconocer y pagar la licencia de maternidad.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que es afiliada en calidad de cotizante y que ha realizado sus aportes en salud de manera ininterrumpida. Así mismo, que el siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023) nació su hija AJHB, motivo por el cual, le fue generada una licencia de maternidad por 126 días que inició el ocho (08) de febrero y culmina el trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Relató que después que radicó los documentos para que su pago fuera autorizado la EPS niega el reconocimiento a la licencia de maternidad; razón por la cual, presentó una petición que también fue resuelta de manera negativa por la accionada.

Manifestó que, en el evento en que se hubieran efectuado pagos de aportes en salud de manera tardía la EPS nunca requirió por escrito a la empresa ni tampoco mostró negativa de aceptar pagos extemporáneos de los aportes en salud.

Adujo que el no pago de su licencia de maternidad afecta gravemente su mínimo vital y el de su familia, como quiera que dependen económicamente de ella.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

FAMISANAR EPS solicitó al Despacho que se le otorgara un tiempo razonable y prudencial para rendir informe a la tutela. Así mismo, sostuvo que no hubo vulneración a los derechos fundamentales de la accionante y que la tutela resulta improcedente por no afectar las garantías constitucionales de la parte actora.

SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS guardó silencio frente al requerimiento efectuado por esta sede judicial.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la accionada o vinculada han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al abstenerse de reconocer y pagar la prestación económica por concepto de la licencia de maternidad.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Subsidiariedad de la acción de tutela

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte Constitucional ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.

Por ello, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Así entonces, la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez

de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

Subsidiariedad de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad.

De conformidad con la Jurisprudencia de la Corte constitucional¹ si bien la tutela no es el mecanismo idóneo para el cobro de prestaciones económicas, en el caso de la licencia de maternidad, la falta de pago, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo *“circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia”*.

En sentencia T-368 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, adujo:

*“De esta forma, esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.”*

Requisitos para el pago de la licencia de maternidad.

Entiéndase la licencia de maternidad como una *“medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, 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 del recién nacido.”*²

Los requisitos, según el artículo 1° de la **Ley 1822 del 4 de enero de 2017** son los siguientes:

“Artículo 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

1 Corte Constitucional. Sentencia T- 278 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

2 Corte Constitucional. Sentencia T- 278 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Por su parte el Decreto 1427 de 2022 indica:

“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, acredite las 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 período de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del período de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.

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.

Parágrafo 1. Cuando se presente un parto pretérmino, la licencia de maternidad será el resultado de calcular la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, la que se sumará a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la ley En los casos de parto múltiple o de un hijo con discapacidad, se ampliará en dos semanas conforme con lo previsto en la normativa vigente, siempre y cuando los menores hayan nacido vivos.

Parágrafo 2. La afiliada tendrá derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, de acuerdo con el criterio médico, remunerada con el salario que devengaba en el momento en que esta inicie, sin perjuicio que el médico tratante pueda otorgarle una incapacidad de origen común una vez culmine aquella, en el caso previsto por el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo.

DEL CASO EN CONCRETO

En el caso bajo estudio, pretende la parte actora que se ordene el pago de la licencia de maternidad de conformidad con la regulación legal. Así las cosas, de entrada, esta juzgadora considera procedente la presente acción de tutela interpuesta por la promotora, dado que con el pago de la licencia de maternidad no sólo se garantiza el mínimo vital de ella, sino del recién nacido. Al respecto, en la sentencia T-1223 de 2008 la Corte Constitucional³ sostuvo que se:

“ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (artículos 44 y 50 de la Constitución). Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha establecido adicionalmente que el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté

3 Corte Constitucional. Sentencia T – 1223 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”

Adicionalmente, aclara el Despacho en las sentencias T-368 de 2009, y T-475 de 2009 con ponencia del MP Jorge Iván Palacio Palacio y T-503 de 2016 con ponencia del MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo se indicó que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el pago de licencia de maternidad, siempre y cuando se reúnan estos dos requisitos 1. Haberse presentado la tutela “*dentro del año siguiente al nacimiento (...)*” y 2. Que la ausencia de pago de la prestación económica presuma la vulneración al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

De esa manera, se tiene que la parte actora allegó junto con el escrito de tutela; registro civil de nacimiento de su hija recién nacida AJHB (folio 20 PDF 01) y certificado de incapacidad de la licencia de maternidad en la cual se le conceden los 126 días de licencia entre el ocho (08) de febrero y trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023) (folio 14 PDF 01).

Por lo anterior, se acreditó el primer requisito establecido jurisprudencialmente, como quiera que la accionante presentó la acción de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su menor hija.

En cuanto el segundo requisito, se tiene que la accionante no ha recibido el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, tal y como se desprende de la misiva que expidió la encartada el seis (06) de mayo de dos mil veintitrés (2023), a través de la cual le informó a la promotora:

“Revisados los argumentos expuestos en su requerimiento y de acuerdo a previa verificación de la información que reposa en la base de datos de EPS Famisanar S.A.S., la Dirección de Operaciones Comerciales se permite informar que, procedió a realizar la validación frente al reconocimiento económico de la Licencia de Maternidad, radicada en EPS Famisanar SAS mediante consecutivo 0009522583, encontrando inviable dicho reconocimiento, como quiera que el empleador para el cual labora Usted (SERVICIOS Y CONSULTORIA FC SAS – NIT. 901536840), realizó los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS en fechas extemporáneas”.

Aunado a lo anterior, la promotora también informó en los hechos del escrito de tutela que se le está generando una afectación grave a su mínimo vital y al de su familia que depende económicamente de ella por falta del pago de la licencia de maternidad. De modo que, se satisface este otro requisito, en razón a que la Corte Constitucional ha considerado que su pago constituye el salario de la trabajadora - dependiente o independiente- y a través de él se garantiza la subsistencia de la madre y del recién nacido.

Así entonces, este Despacho ha de señalar que la EPS accionada negó el pago de la prestación económica, en razón a que la empleadora de la accionante no pagó las cotizaciones a salud dentro de las fechas establecidas sino de manera extemporánea

Lo primero que debe indicar este Despacho, es que el artículo 236 del C.S.T., modificado por la Ley 1822 de 2017, con relación a la licencia de maternidad, prevé que “*Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de*

dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.”

Por otra parte, es preciso aclarar que el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, dispone que para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad se requiere que la trabajadora para el momento del parto, esté afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo, así mismo, que haya efectuado aportes durante los meses que corresponden al periodo de gestación, y en el evento de que las cotizaciones sean por un lapso inferior, se pagará la prestación económica de manera proporcional, sobre un valor equivalente al número de días cotizados, respecto del periodo real de gestación, además debe contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico.

El citado precepto también establece, que se reconocerá la licencia de maternidad, siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia **junto con los intereses de mora, cuando a ello haya lugar.**

Adicional a lo anterior, el Decreto 780 de 2016 en su art. 2.2.3.4.3, dispone que, el pago de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad, será efectuado al aportante de forma directa por la EPS o la entidad adaptada, en un término no mayor a 5 días hábiles, contado desde el momento en que se autoriza la prestación económica por parte de la entidad responsable.

A su turno, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, establece que el trámite de reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad, a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe ser adelantado directamente por el empleador ante las EPS, **sin que en ningún caso sea admisible, trasladar dicha carga al afiliado, con el fin de que obtenga el pago de la prestación económica.**

Por su parte, la accionada EPS FAMISANAR, pese a que solicitó un plazo prudencial para dar respuesta, no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción, por lo que resulta del caso dar aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y en consecuencia tener por cierto lo manifestado por la parte actora en los hechos del escrito de tutela, esto es, que la promotora ha efectuado cotizaciones en salud de manera ininterrumpida y que la EPS se niega en realizar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

De acuerdo con lo señalado en precedencia, se encuentra demostrado, que la accionante se encuentra afiliada a la EPS Famisanar, además, no fue controversia que esta previo al inicio de su licencia de maternidad cotizó al sistema general de seguridad social en salud, como quiera que la accionada guardó silencio frente a este hecho.

No obstante, no se puede pasar por alto que la accionante es trabajadora dependiente de la empresa SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS, quien guardó silencio frente a la presente acción de tutela, siendo el empleador quien debe adelantar los trámites directamente ante la EPS, conforme el artículo 121 del

Decreto 019 de 2012, sin que los pueda asumir la promotora, así como tampoco la carga para obtener el pago de la prestación económica; en la medida que si bien la EPS Famisanar SAS es la entidad que debe cancelar la licencia de maternidad de conformidad con el artículo 2.2.3.4.3 del Decreto 780 de 2016, lo cierto es que dicho pago se realiza a través de su empleador, que para el presente caso es SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS quien debe asumir el pago de la prestación económica durante el tiempo de licencia de maternidad y recobrar a la EPS, sin que en ningún caso, las consecuencias del incumplimiento puedan ser adjudicadas a la trabajadora, en razón a que se le suspendió el único ingreso económico que podía tener durante ese periodo, quien por su estado de convalecencia no podía generar otro ingreso económico como sustento para su sostenimiento y el de su menor hija; razón por la cual, es pertinente traer a colación lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 728 de 2018, que consideró:

“(...) la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna”.

De manera que, se considera necesario adoptar medidas que amparen el derecho fundamental al mínimo vital y vida digna de la accionante, toda vez que, resulta evidente que SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS en calidad de empleador de la accionante y conforme el artículo 121 del decreto ley 019 de 2012, vulneró tal garantía constitucional de la promotora al incumplir su obligación legal de pagar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad de conformidad con el Decreto 780 de 2016, sustituido en lo pertinente por el Decreto 1427 de 2022, puesto que se reitera, no puede trasladar a la actora las consecuencias de los trámites administrativos que debe adelantar directamente ante la EPS.

Por lo anterior, se ordenará a SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS, a través de su representante legal DAVID ALFONSO GONZALEZ PORTE o quien haga sus veces, pagar a favor de la gestora, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague la licencia de maternidad de la señora BERONICA BELTRAN CIFUENTES, en virtud de la incapacidad generada por 126 días (folio 14 PDF 01).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora BERONICA BELTRAN CIFUENTES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a SERVICIOS Y CONSULTORIAS FC SAS, a través de su representante legal DAVID ALFONSO GONZALEZ PORTE o quien haga sus veces, pagar a favor de la gestora, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague la licencia de maternidad de

la señora BERONICA BELTRAN CIFUENTES, en virtud de la incapacidad generada por 126 días (folio 14 PDF 01).

TERCERO: ADVERTIR que, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, **EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.**

CUARTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remitase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

QUINTO: Publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Paula Carolina Cuadros Cepeda

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 2

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **87c9b31cec72bd495381b9439c3d81423b3b9cb64d11b225ed7d2bb802883fb2**

Documento generado en 08/06/2023 06:56:14 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>