

## JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL

Soacha, Cund., diez (10) de octubre del año dos mil veintidós(2022)

<b>Proceso</b>	Acción de Tutela
<b>Exped. No.</b>	257544003002-2022-0095
<b>Accionante</b>	Karen Alejandra Osorio Márquez
<b>Accionado</b>	Famisanar E.P.S.
<b>Vinculado</b>	Arcos Dorados Colombia
<b>Asunto</b>	Fallo en primera instancia

La señora **KAREN ALEJANDRA OSORIO MÁRQUEZ**, incoó el trámite constitucional de la referencia invocando los derechos fundamentales a la vida e integridad personal, al mínimo vital, de su hijo recién nacido, señalados en la Constitución Política de Colombia.

### 1.1. Hechos

En resumen, señala la accionante que se encuentra afiliada a la EPS accionada como cotizante independiente desde el 1 de julio de 2021; y que, su hijo CRISTOPHER OSORIO MÁRQUEZ nació el 16 de mayo de 2022; además, que en esa misma fecha le fue otorgada incapacidad médica por maternidad con fecha de terminación 18 de septiembre de 2022.

Agregó, que día 2 de junio de 2022, solicitó ante la EPS accionada el pago de la incapacidad mediante radicación número 5010-2022E-134528; y que, ante el no pago de incapacidad, se comunicó telefónicamente con la EPS accionada, recibiendo la información que sería escalada su solicitud con el radicado 6088198 pues apenas había subido a sistema; de manera posterior le fue informado que la licencia fue pagada a ARCOS DORADOS COLOMBIA, empresa para la cual la accionante trabaja como dependiente; y que, le dicen que van a escalonar la solicitud para verificar el no pago de la licencia como independiente con radicado 6165696.

Informó que, la negación de pago de la licencia como independiente, vulnera su equilibrio económico, personal y familiar y su derecho al mínimo vital, así como las condiciones mínimas de subsistencia de su hijo y de ella como madre soltera.

### 1.2. Actuación procesal



La acción fue instaurada **el 27 de septiembre de 2022**, y asignada por reparto se admitió con proveído del 28 de septiembre siguiente, en el que se ordenó la notificación a la accionada y a la accionante, y a la vinculada oficiosamente Arcos Dorados Colombia.

A través de su Gerente Zonal Sumapaz, **FAMISANAR E.P.S.** rindió el informe ordenado por el Juzgado, afirmando que, en el área de prestaciones económicas la usuaria no registró certificación bancaria; y que, a la fecha se encuentra desplegando todas las actuaciones tendientes a cumplir con el pago de licencia de maternidad, y radicación de la usuaria de la certificación bancaria para realizar la transferencia; además, solicita un plazo razonable y prudencial debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos exigidos por el Despacho Judicial

Afirmó, que en el caso en concreto se evidencia ausencia de responsabilidad subjetiva unilateral, en consecuencia, se debe declarar improcedente la acción por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante.

Por su parte, la empresa **ARCOS DORADOS COLOMBIA SAS**, a través de su apoderada especial, manifestó que no tiene nada que ver con los hechos que motivan la presente acción, pues desde que la accionante salió a disfrutar de su licencia de maternidad, esa entidad ha realizado el correspondiente pago de la misma a través de nómina y en su totalidad, siendo claro que la única que se encuentra en mora de efectuar el reembolso es la EPS accionada.

Agregó, que la única vulneración es que la EPS accionada no ha realizado el reembolso a ARCOS DORADOS COLOMBIA SAS, de la licencia de maternidad pagada por esa empresa a favor de la accionante, siendo improcedente la acción en contra de su representada por falta de legitimación en la causa por pasiva, por inexistencia de un perjuicio irremediable e inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por la vinculada.

## **2. CONSIDERACIONES**

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, con el fin de que en su caso, y consideradas las circunstancias



específicas, y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.<sup>1</sup>

Dicho instrumento jurídico pretende brindar a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal, buscando la protección en forma inmediata y directa, a través de un procedimiento preferente y sumario, de los derechos constitucionales fundamentales que considere vulnerados, **en todos aquellos eventos en los que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial**, o de los recursos que de ellos se derivan. Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni es una instancia adicional a las ya existentes, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva y actual pero supletoria de sus derechos constitucionales fundamentales.

En reiterada jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en la medida en que está concebida como un mecanismo judicial previsto ante la inexistencia de mecanismos procesales para el amparo integral objeto de protección, considerando su procedencia cuando está acreditada la amenaza o violación de los derechos fundamentales.

Por tanto, se establece un sistema complementario de garantía de aquellos derechos que, con determinadas características de sumariedad, preferencia y efectividad, impida en dicho ámbito la ausencia de su protección judicial, pues el constituyente quiso superar con sus previsiones, determinadas deficiencias de la organización del sistema judicial que, entre otras causas, por su carácter legislado, no garantizaba la plena, efectiva e integral protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Tampoco cabe, cuando al alcance de la parte accionante existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos, salvo en casos de extrema gravedad y urgencia, lo cual ocurre cuando se niega el pago del salario al trabajador de manera arbitraria e injustificada, o se debe proteger el mínimo vital del afectado.

---

<sup>1</sup> Sentencia T-001 de 1992.



Es por lo anterior, que la Corte Constitucional ha avalado su procedibilidad en aquellos eventos en los cuales se encuentren en riesgo derechos fundamentales de aquellas personas que han sido catalogadas como sujetos de especial protección (madre e hijo), puesto que la jurisdicción ordinaria no cuenta con el medio procesal idóneo que garantice el reconocimiento inmediato de los derechos del recién nacido.

Al respecto, ha establecido la H. Corte Constitucional en Sentencia T-646 de 2012, que:

*"Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.*

*Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida..."*

Y con Sentencia T-278 de 2018, que:

*"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".*

En efecto, el Alto Tribunal Constitucional reiteró en Sentencia T-278 de 2018 la **naturaleza de 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.*



*En esa medida, 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 y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento”.*

Sobre **la procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable**, en Sentencia T-040 de 2018 se establecen dos requisitos de orden constitucional, así:

*“En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:*

*(i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.*

*(ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo”.*

### **3. Problema jurídico, procedibilidad de la acción de tutela, y Caso Concreto**

De entrada se concluye la procedencia de la presente acción de tutela, en tanto cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para resolver de conformidad, esto es, la falta de pago de incapacidad por licencia de maternidad como cotizante independiente por parte de la accionante y se presume la afectación al mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido, toda vez que la señora Karen Alejandra Osorio Márquez manifestó en su escrito de tutela que, pese su reiterada solicitud, la accionada no ha cumplido con el pago de la licencia de maternidad, lo que vulnera la referida garantía, afirmación que no fue desvirtuada por la E.P.S. accionada.

Igualmente se advierte la procedencia de la presente acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, pues si bien en el plenario la accionada responde que se encuentra desplegando todas las actuaciones tendientes a cumplir con la pretensión, no acreditó con algún medio de probanza idóneo que procedió a



requerir a la accionante para que allegara la certificación bancaria que aduce falta para el pago de los rubros de la licencia de maternidad en calidad de cotizante independiente, ni mucho menos el protocolo o requisitos para el pago o desembolso de este tipo de eventualidad en el caso en concreto, siendo procedente emitir con el presente trámite la respectiva orden de carácter definitivo.

Así, determinando la necesidad de brindar protección inmediata, supletoria y definitiva al derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y su hijo recién nacido, el problema jurídico es entonces determinar si se ha vulnerado o puesto en peligro por parte de FAMISANAR E.P.S., al no pagarle la licencia de maternidad que le fuera concedida por el médico tratante, en su calidad de cotizante independiente.

En el presente caso se encuentra acreditado que a la señora KAREN ALEJANDRA OSORIO MÁRQUEZ, le fue concedida incapacidad por licencia de maternidad con fecha de inicio 16 de mayo de 2022 y final 18 de septiembre de 2022, con ocasión al nacimiento de su hijo el día 16 de mayo de la presente anualidad.

Así mismo, que la accionante cumple con los requisitos legales para acceder a la prestación económica derivada de la licencia de maternidad tanto como cotizante dependiente, de acuerdo a vinculación laboral con la empresa ARCOS DORADOS COLOMBIAN SAS, persona jurídica que acreditó el pago correspondiente; además como cotizante independiente, siendo en este caso, la responsable de dicha carga prestacional la accionada FAMISANAR E.P.S.

No obstante, a pesar de las peticiones elevadas por la accionante ante la E.P.S. accionada, en las que requiere el pago directo de su licencia de maternidad como cotizante independiente, **FAMISANAR E.P.S.** persiste en no realizar el pago, ni acreditar requerimiento alguno a la accionante, sobre la ausencia de certificación bancaria para efectuar dicho pago.

Bajo los anteriores derroteros legales, jurisprudenciales y fácticos resulta evidente para el Despacho, que la accionante cumple con los términos fijados legalmente para obtener el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y dada la naturaleza de dicha prestación, el solo hecho de su no cancelación vulnera el derecho fundamental al mínimo vital y la vida digna de la accionante y su hijo recién nacido.



En efecto, como establece la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad comporta una medida de protección en favor de la madre y de su hijo recién nacido, la cual se efectiviza no solo a través de su reconocimiento como período para la recuperación física de la madre y al cuidado del niño, sino además con el efectivo pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre destinados a cubrir sus necesidades y las del niño, durante el tiempo que cesa en sus actividades para disfrutar del periodo concedido. Privilegio que es reconocido a las madres trabajadoras, sean dependientes o independientes.

Ahora bien, señala la E.P.S. accionada encontrarse en las actuaciones tendientes a cumplir con la carga prestacional en favor de la accionante, sin embargo, no evidencia este Despacho, actuación alguna y en concreto para efectuar el pago de la licencia de maternidad a su favor como cotizante independiente.

En consecuencia, determinada la vulneración de los derechos fundamentales deprecados por la accionante, debe concederse el amparo constitucional solicitado, y en consecuencia ordenarse el pago de la licencia de maternidad por parte de **FAMISANAR E.P.S.**, esto de manera directa y a nombre de la accionante, sin exigirle el cumplimiento de cargas administrativas que no son de su resorte.

Desde luego, que, de llegarse a generar costos adicionales o excluidos del PBS en razón del pago ordenado, podrá la E.P.S. accionada efectuar el recobro ante el ente respectivo, para lo cual deberá acogerse a los parámetros legalmente establecidos para ese fin. Y, aun cuando se llegue a requerir que deba concederse la facultad de recobro de forma expresa en el presente fallo, no debe así procederse, pues debe tenerse en cuenta que es un aspecto ajeno a la finalidad de la acción de tutela, y que, sólo se materializa para satisfacer un requisito reglamentario de carácter formal.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soacha, Cund., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y de la Ley,

## **RESUELVE**



**PRIMERO: CONCEDER** LA TUTELA AL DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA, solicitado por la señora **KAREN ALEJANDRA OSORIO MÁRQUEZ**, y de su hijo recién nacido, los que fueron vulnerados por **FAMISANAR E.P.S.**

**SEGUNDO: DESVINCULAR** del presente trámite de tutela a **ARCOS DORADOS COLOMBIA**, por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a **FAMISANAR EPS**, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, *si no lo ha hecho*, **PAGUE** en favor de la accionante, el rubro correspondiente a la licencia de maternidad **en su calidad de cotizante independiente**, que le fue concedida por su médico tratante con fecha de inicio 16 de mayo de 2022 y final 18 de septiembre de 2022, por el valor correspondiente legal, conforme con la base de cotización mensual de sus aportes. **Lo anterior de manera directa y a nombre de la accionante, sin exigirle el cumplimiento de cargas administrativas que no son de su resorte.**

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** de esta decisión a las partes.

**QUINTO:** En el evento de que no sea impugnada esta decisión, para su eventual revisión remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase.

EL Juez,

**RAFAEL NÚÑEZ ARIAS**

Firmado Por:

**Rafael Nunez Arias**  
**Juez Municipal**  
**Juzgado Municipal**  
**Civil 002**  
**Soacha - Cundinamarca**

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: **c4d0b6f7c7deebfdc0c52f89c6143d0bd56e2a98d9669fb51d8af16b7edcdd0b**

Documento generado en 10/10/2022 04:53:29 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**