

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**



Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Proceso	Acción de tutela
Radicación	11001-33-35-013-2020-00095-00
Accionante	ADRIANA ACUÑA BOCAREJO
Accionado	MINISTERIO DE TRABAJO Y FEDCO S.A.
Vinculado	E.P.S. SANITAS
Asunto	DECRETA MEDIDA PROVISIONAL

Procede el despacho a resolver la solicitud de medida provisional incoada por la accionante, una vez se recibe la información solicitada tanto a la E.P.S. SANITAS en el auto admisorio de la presente acción de tutela, como a la accioanante vía telefónica.

MEDIDAS SOLICITADAS

En el escrito de tutela la accionante ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, manifiesta que puede no comparecer a su trabajo de forma presencial, primero por las medidas adoptadas por el COVID 19 y segundo por su estado de embarazo, por lo que su empleador debió proveer tal situación y mantener su contrato de trabajo, pero no suspenderlo, o en su defecto, otorgarle la licencia de maternidad a que tiene derecho, con utilización de las dos semanas previas al embarazo.

Por consiguiente solicita de manera inmediata se ordene el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir desde que la empresa FEDCO S.A. suspendió su contrato laboral, y la licencia de maternidad, para evitar que la amenaza a su derecho fundamental a la salud, a la vida y mínimo vital, se conviertan en violación "MÁS GRAVOSA" para ella y su hijo por nacer, ya que para el momento en que estaba redactando este escrito encontraba casi en trabajo de parto, y para el momento del fallo de tutela estaría en el hospital – CLÍNICA CORPAS o en su casa con su bebé.

CONSIDERACIONES

Según la libelista, esas medidas son necesarias dado que con la suspensión de su contrato consecuentemente se afectan e interrupción sus derechos laborales como pago de salarios, prestaciones sociales, y licencia de maternidad, máxime cuando se encontraba "casi en trabajo de parto", lo que ameritaba la adopción de

las medidas provisionales solicitadas previo al fallo para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Para el decreto de las medidas cautelares, en términos generales, la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en señalar que se requiere la concurrencia de unos requisitos, a saber (i) Fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, relacionado con la urgencia de adoptar una medida para evitar un perjuicio irremediable, y, (iii) la ponderación entre los intereses en colisión en el caso concreto. Una vez verificado por parte del juez la concurrencia de los dos primeros requisitos, le corresponde realizar un test de proporcionalidad, con el fin de determinar si la concesión de la medida es o no viable.

Es necesario destacar que el segundo requisito es lo que pone en marcha el sistema de medidas cautelares, pues la finalidad de las mismas es “evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo”¹.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 le otorgó al juez Constitucional la facultad de decretar medidas provisionales en las acciones de tutela así:

“(…)

ARTICULO 7º-Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. (...)”

Sobre este particular, la Corte Constitucional en providencia del 18 de septiembre de 2012², precisó:

“(…)

¹ Chinchilla Marín, Carmen – El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales.

² Corte Constitucional Auto A/207-12

2. La medida provisional de suspensión de un acto concreto que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho. Como su nombre lo indica, la medida es provisional mientras se emite el fallo de tutela, lo cual significa que la medida es independiente de la decisión final.

3. El juez de tutela podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una decisión discrecional que debe ser "razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada"

(...)"

Posteriormente, la misma Corporación, reiterando su copiosa jurisprudencia, precisó que las medidas provisionales en acciones de tutela procedían en dos hipótesis³: "(i) cuando éstas (sic) resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación."

En el sub lite, se tiene que a través de una carta fechada el 13 de abril de 2020, la directora de Desarrollo Corporativo de FEDCO S.A. le informó a todos los trabajadores de esa compañía que debido a la contingencia generada por las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretadas por el Gobierno Nacional, con la finalidad de contener la expansión del COVID 19, no le era posible desarrollar su actividad económica principal. Por lo que se veía en la necesidad de declarar la suspensión de todos los contratos, por fuerza mayor, de conformidad con lo autorizado en el numeral 1 del artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo, desde el 15 al 26 de abril de 2020 o hasta el momento en que el gobierno autorizara la normalización de las actividades.

También se probó que con correo electrónico remitido 22 de abril de 2020, la señora ADRIANA ACUÑA manifestó a FEDCO S.A. su inconformidad con la anterior decisión, debido a que se encontraba en estado de embarazo. Como sustento, citó los artículos 44, 53 y 236 de la Constitución Política.

En respuesta a la anterior comunicación, la empresa accinada, mediante correo electrónico del mismo 22 de abril, le informó a la accionante que acataban en su totalidad lo dispuesto en la Constitución. Sin embargo, la suspensión de su contrato no solo obedecía a las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, sino que su finalidad también era evitar el desplazamiento desde su residencia al lugar de trabajo, precisamente por su condición de madre gestante. Además, que no existía ninguna tarea que pudiese desempeñar a través de teletrabajo. Asimismo,

³ Corte Constitucional Auto A/258 - 13

le informó que para efectos de garantizar sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital, "su seguridad social se encuentra al día en sus pagos".

Está demostrado igualmente que cuando la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO asistió a ⁴ Santa Bárbara, el 23 de abril de 2020 cursaba con 37.1 semanas de embarazo y fecha probable de parto el 13 de mayo de 2020. Adicionalmente, se observa que en dicha consulta se generó la "INCAPACIDAD-LICENCIA PREPARTO No. 4497898" expedida por el médico de la EPS SANITAS que atendió el control de la accionante en la que anota "(...) paciente desea previamente tomar antes del parto (1) Semanas de licencia de maternidad. Fecha de inicio: 06/05/2020 (...)" y luego se resaltó "Favor tramitar la incapacidad antes de 72 horas"

De otra parte, de acuerdo con la información remitida vía correo electrónico por la E.P.S. SANITAS, la licencia pre-parto emitida el 23 de abril de 2020 no había sido puesta en conocimiento de esa entidad. Pese a ello, con ocasión de la tutela, esa E.P.S. procedió a validar y expedir el **certificado N° 56329749**, como licencia pre-parto, por el periodo que va del **6 al 12 de mayo de 2020**, "(...) bajo el empleador FEDCO SA (...) dada su condición de cotizante dependiente y debido a la obligación constituida entre las entidades promotoras de salud y los empleadores (...)”⁵ y del cual se adjuntó copia.

Finalmente, conforme a la constancia suscrita el día de hoy-14 de mayo de 2020- por el Profesional Uniservitario, Juan Sebastian Delgado, con ocasión de lo ordenado en auto de la fecha, para que se solicitara información a la accionante sobre las últimas novedades médicas presentadas en su caso a efecto de resolver la medida provisional de acuerdo a la realidad actual de la misma, se entró en comunicación telefónica con la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, quien en atención a lo indagado sobre las posibles novedades ocurridas después de la suspensión de la suspensión del contrato y hasta el día 13 de mayo de 2020, manifestó no encontrarse a esa fecha en incapacidad médica, ni tampoco licencia de maternidad ya que para el día 13 de mayo de 2020 no había ocurrido su parto, siendo asignada como nueva fecha probable de parto el próximo 18 de mayo de 2020.

Reseñada la situación fáctica procede el despacho a analizar si se cumplen los dos requisitos para el decreto de una medida provisional: (i) la apariencia de

⁴ Unidad de Atención Primaria.

⁵ Párrafo 8º, página 2 de la contestación de la tutela por parte de la EPS accionante.

buen derecho o fumus boni iuris. (ii) La urgencia o periculum in mora. De acreditarse esos requisitos, se efectuará el juicio de ponderación de los intereses contrapuestos, en caso de existir.

(i) Frente al primer requisito, se debe recordar que el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció lo siguiente respecto a la licencia de maternidad:

“(…)

Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. 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.**

(…)” – Negrillas y subrayas fuera de texto –

Asimismo, el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016 señaló lo siguiente respecto a los requisitos que se deben cumplir para el reconocimiento de la licencia de maternidad:

“(…)

Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. (...)” – Negrillas fuera de texto -

De lo anterior se evidencia que para que una mujer en gestación tenga derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, debe haber realizado aportes en salud durante los meses que corresponden al periodo de gestación. Esta licencia tendrá una duración de 18 semanas. Asimismo, para su reconocimiento se requiere demostrar el estado de gravidez; indicar la fecha probable de parto y señalar el día desde el cual debe iniciar, lo cual tiene que ser "(...) por lo menos (...) dos semanas antes del parto (...)"

*Descendiendo al presente caso, se advierte que el requisito de la apariencia de buen derecho está acreditado. Esto es así porque consultada la página web del ADRES⁶, se logró constatar que la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO se encuentra afiliada en la E.P.S. SANITAS, en calidad de cotizante, desde el 8 de febrero de 2016. Por consiguiente, resulta claro que cumple con el requisito de las cotizaciones establecido en el Decreto 780 de 2016, lo cual se puede reafirmar con el hecho de que la referida E.P.S., en virtud de la notificación de la presente acción de tutela procedió a expedir el día de hoy -14 de mayo- a la accionante la licencia pre-parto por el periodo comprendido entre el **6 al 12 de mayo de 2020**, atendiendo que tenía inicialmente fecha probable de parto para el 13 de mayo.*

(ii) Esta dependencia judicial también estima que el segundo requisito, relativo a la urgencia en la adopción de la medida provisional, se encuentra cumplido en el presente caso, toda vez que al haberse suspendido el contrato de la accionante por parte de FEDCO S.A., esta no se encuentra percibiendo en la actualidad ningún ingreso, tal como se señala en el libelo de la demanda. Esa situación pone en evidencia la amenaza que se cieme sobre el derecho al mínimo vital de la señora ACUÑA, la cual se debe conjurar a través de una medida celerе y adecuada.

Y si bien para la fecha de emitirse esta decisión ya se le otorgó la licencia pre-parto, no puede desconocerse, por una parte, que el pago de la misma no es inmediato, y por otra, que ante la novedad informada por la accionante del no aecimiento del parto para el 13 de mayo de 2020, cuya fecha probable fue pospuesta para el 18 siguiente, se mantiene actual la amenaza a sus derechos lo que amerita la urgencia de gatantizar su mínimo vital.

(iii) Cumplidos los dos requisitos para el decreto de la medida provisional deprecada, sería del caso realizar el juicio de ponderación para efectos de

⁶ https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=1D.JDBi05doNa+Ydeg8nMq=
(fecha de consulta: 14 de mayo de 2020)

establecer la justa medida de los principios que colisionan. No obstante, para el despacho no existen principios en colisión en lo que atañe al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la accionante, pues por una parte, es un derecho que ya causó⁷, y por otra, pese a que su pago está a cargo del empleador (FEDCO S.A.), lo cierto es que este debe realizar el recobro de ese pago a la E.P.S. Es decir, que no representa ninguna erogación adicional para el patrono.

En este orden de ideas, comoquiera que se cumplen con todos los presupuestos para el decreto de unas de las medidas provisionales solicitadas en el presente caso, el despacho ordenará a la compañía FEDCO S.A. que proceda a pagar la licencia de maternidad pre-parto concedida por la EPS SANITAS a la accionante ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, desde el 6 de mayo de 2020, según certificado expedida por esa EPS.

Atendiendo que la fecha de parto, según lo informado por la propia accionante, fue reprogramada para el próximo 18 de mayo, ello no varía la situación de la señora ACUÑA, pues de acuerdo a la ley 1822 de 2017, la licencia debe iniciar, por lo menos, dos semanas antes del parto. Entonces, comoquiera que entre el 6 y el 18 de mayo de 2020, no hay más de dos semanas, no se estaría reconociendo la licencia por un periodo superior. En todo caso, la licencia reconocida a la accionante no será superior a 18 semanas.

Por lo tanto, el citado empleador deberá coordinar con la EPS SANITAS la expedición de la prórroga de dicha licencia conforme a los términos de ley. Dicho pago deberá realizarse por el empleador FEDCO con la misma periodicidad que se realizaba el pago del salario a la accionante, debiendo realizar el recobro correspondiente a dicha EPS.

Asimismo, en razón a que su contrato de trabajo está suspendido desde el 15 de abril de 2020, fecha a partir de la cual la accionante no recibe ingreso alguno, se ordenará al citado empleador que en un término no superior a veinticuatro (24) horas contado desde la notificación de esta providencia, efectúe el pago de la licencia pre-parto otorgada por la EPS SANITAS a la señora ADRIANA ACUÑA BOCAREJO, a fin de garantizarle de inmediato su mínimo vital dada su condición de madre gestante.

⁷ Teniendo en cuenta que para su causación solo se requiere, además de las semanas cotizadas, acreditar el estado de embarazo e indicar la fecha probable de parto, tal como se indicó previamente.

Por otro lado, el despacho no accederá al pago de los salarios solicitados también por la accionante como medida provisional, en consideración a que con la orden de pago de la licencia de maternidad se garantiza su derecho al mínimo vital, y en tal sentido se tomaría en este momento innecesaria esta otra medida. Por ende, aquel tópico será analizado por el despacho en la sentencia que decida de forma definitiva la presente acción.

Por lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA,**

RESUELVE

1. DECRETAR la medida provisional solicitada por la accionante **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, relacionada con el pago de la licencia pre-parto, para proteger su derecho a mínimo vital.

2. ORDENAR al gerente de la compañía **FEDCO S.A.**, como medida provisional, que dentro de **un término no superior a las 24 siguientes** a la notificación de esta providencia, proceda a realizar el pago de la licencia de maternidad pre-parto de la accionante **ADRIANA ACUÑA BOCAREJO**, concedida por la E.P.S. **SANITAS**, desde el 6 de mayo de 2020, según certificado expedido por esa E.P.S., en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

Asimismo, deberá **COORDINAR** con la **EPS SANITAS** lo relativo a la prórroga de dicha licencia conforme a los términos de ley.

3. NEGAR la medida provisional solicitada respecto al pago de salarios, de acuerdo a lo expresado en esta providencia.

4. NOTIFICAR esta decisión por correo electrónico a las partes accionante, accionadas y vinculada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YANIRA PERDOMO OSUNA
Jueza.-