

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

Referencia 11001 40 03 057 2020 0254 00 Acción de Tutela

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir el fallo que corresponda dentro de la acción constitucional del epígrafe.

I. ANTECEDENTE

1. La señora Angie Patricia de las Salas Mejía en nombre propio y de su menor hija Eileen Luciana de la Salas Mejía presentó acción de tutela contra Compensar EPS para obtener la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, e igualdad que consideró vulnerados por parte de la Entidad Promotora de Salud encartada.

2. La situación fáctica planteada se compendia a:

2.1. La señora Angie Patricia de las Salas Mejía se encuentra afiliada a la EPS Compensar desde el mes de abril de 2017.

2.2. En la actualidad se encuentra laboralmente vinculada a la sociedad Fortox S.A., quienes han realizado los pagos correspondientes a la seguridad social.

2.3. La menor Eileen Luciana de la Salas Mejía nació el 4 de marzo de 2020.

2.4. En oportunidad solicitó el reconocimiento y pago de las 18 semanas de licencia de gestación y lactancia, conforme lo prevé artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

2.5. La Entidad Promotora de Salud negó el pago de dicha licencia, tal y como consta en el certificado No. 20175259 emitido el 5 de mayo de 2020.

2.6. Advierte la tutelante, que no cuenta con recursos económicos para solventar la manutención de su menor hija.

3. Pretende a través de esta queja el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, e igualdad y como consecuencia de

ello se le ordene a la EPS Compensar., “...el reconocimiento y pago de 18 semana (126 días) correspondientes a mi licencia de maternidad conforme al artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, que modifiqué en su integridad el artículo 236 de Código Sustantivo del Trabajo, descontando los días ya pagados (...) ordenar conforme lo anterior y a la mayor brevedad que la (sic) Compensar EPS proceda d inmediato a cancelar el valor total de mi licencia de maternidad como lo ordena la ley (sic) reconocimiento las 18 semanas a que tengo derecho con mi menor hija....”.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Este Despacho avocó el conocimiento de la acción mediante auto calendarado 11 de junio de 2020, ordenándose notificar a la EPS Compensar, para que ejercieran su derecho de defensa, y a su vez vinculó a la sociedad Fortox S.A.

2. La EPS Compensar señaló, que la reclamación incoada por la señora Angie Patricia de las Salas Mejía, resulta ser manifiestamente improcedente ya que en sede de tutela no se puede pretender el reconocimiento de beneficios económicos, máxime cuando la licencia de maternidad concedida se ajusta a los parámetros normativos que rigen el tema.

Agregando, que la licencia de maternidad se liquidó de manera correcta, conforme a los días cotizados ante la Entidad Promotora de Salud por el periodo que duro el embarazo, correspondiéndole el pago equivalente a 114 días proporcionales, pues la afiliada solamente cotizó 244 días de los 270 que comprenden el tiempo de gestación.

Por tal razón, la licencia de maternidad se liquidó por la suma de \$3.335.659.00 correspondiente a por 114 días de licencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1822 de 04 de enero de 2017, ya que para el mes de julio del 2019, solamente se cotizó 4 días de los 30 días que comprenden el mes.

3. La sociedad Fortox S.A. indicó, que se suscribió con la quejosa un contrato de trabajo a término fijo por un año, permaneciendo vigente la relación laboral, donde la empleadora ha cumplido con todas sus obligaciones patronales, frente a los pagos del Sistema General de Seguridad Social. Por ende, no se le puede imputar responsabilidad alguna frente al pago de la licencia de maternidad reclamada, pues en oportunidad canceló los aportes a seguridad social en salud, sin incurrir en mora.

III. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela consagrada en la Constitución Política de 1991, se creó como una vía sumaria, preferente, y perentoria para proteger los derechos fundamentales, que hayan sido amenazados o violentados por las autoridades públicas o los particulares. En dicho evento, cualquier sujeto que se encuentre en estado de indefensión y al que se pueda causar un perjuicio irremediable, podrá acudir al juez constitucional en defensa de las prerrogativas conculcadas como mecanismo transitorio, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial. La vía constitucional no sustituye los mecanismos ordinarios principales, ni modifica las reglas de la competencia de los jueces, ni crea instancias adicionales a las existentes.

2. En el sub-examine se impetró la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, e igualdad de la señora Angie Patricia de las Salas Mejía y su menor hija Eileen Luciana de la Salas Mejía, por cuanto, según se dijo, la EPS Compensar se ha negado a pagar la licencia de maternidad correspondiente a 18 semanas (126 días), conforme se establece en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

3. En cuanto al pago de aquel rubro, el numeral 1, artículo 1 de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 señaló que:

“...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.....”.

A su turno, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“...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.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se 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.

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.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar....”

Por su parte, el artículo 2.1.13.2 de la normatividad en cita dispone:

“...Cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea 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...”

4. Recapitulando lo anteriormente referido, ha de concluirse que dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá

hacerse de manera total o proporcionalmente, siempre y cuando se cumpla las condiciones normativas planteadas en líneas precedentes, y la interposición de la acción de tutela no supere un año después del nacimiento del menor, al igual que se compruebe la tajante vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y el hijo, según lo prevé la Corte Constitucional en sentencia T-278 de 2018:

“...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...”

5. A partir de estas consideraciones, se formularon dos hipótesis fácticas que definen tratamientos diferentes, dependiendo del tiempo dejado de cotizar:

(i) Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad.

(ii) Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado.¹

La jurisprudencia Constitucional, en varios pronunciamientos ha precisado que la excepción de pago promocional de la licencia de maternidad, se da cuando la madre no ha cancelado la totalidad de los meses de gestación de manera ininterrumpida;² pues su desconocimiento viola el derecho fundamental a la

¹ “...En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

“la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó...”. Sentencia T-526 de 2019.

² T-489/ de 2018

vida de la mujer gestante y su menor hijo, por negarse la licencia de maternidad con el argumento que no cumplió con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Luego, las Entidades Promotoras en Salud no pueden manifestar que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación para poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia, pues ha considerado que este requisito no puede tenerse en cuenta como una causal suficiente para su negativa, sino que se puede sufragar de manera proporcional de acuerdo al número de aportes realizados cuando faltó por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud más de dos meses del período de gestación, pues, por el contrario, si faltó menos de dos meses, se ordenará su pago completo.

6. En este orden de ideas, es procedente el reconocimiento económico de la prestación solicitada, toda vez que el amparo se presentó el 11 de junio de 2020, es decir, antes que se completara un año desde el alumbramiento de la menor Eileen Luciana de la Salas Mejía (4 de marzo de 2020); y frente a la omisión de la EPS Compensar, se encuentra vulnerado el mínimo vital de la accionante y de su menor hija, pues dicho ente no demostró que la madre y la recién nacida cuenten con ingresos diferentes a los que constituyen la base de cotización reportada al Sistema General de Salud.³

Ahora bien, en atención a la relación de reportes presentados por la encartada EPS Compensar, en concordancia con los registrados allegados con el escrito de tutela, se observa que la accionante cotizó siete (7) meses y cuatro (4) días que duró su período de gestación, por lo que se concederá el amparo deprecado, teniendo en cuenta lo establecido en la jurisprudencia y para el caso en concreto se ordenará dicho pago de manera completa, pues tan sólo le faltó un mes y veintiséis días por cotizar al Sistema General en Salud.

Finalmente se precisa, “...que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante el FOSYGA, como lo solicita la entidad demandada en el escrito de impugnación, debido a que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho que debió ser cubierto por parte de la EPS demandada, al recibir las cotizaciones necesarias para ello....”⁴

³ La Corte Constitucional ha sostenido que se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad, cuando la madre gestante o lactante devenga un salario mínimo o menos de este o cuando el salario es su única fuente de ingreso (T – 996 de 2010).

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 19001-23-33-000-2017-00427-01(AC).

6. En consecuencia, se ordenará a la EPS Compensar que le pague a la señora Angie Patricia de las Salas Mejía de forma completa la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales, deprecados por la señora **ANGIE PATRICIA DE LAS SALAS MEJIA** y de su menor hija **EILEEN LUCIANA DE LAS SALAS MEJIA** dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la **EPS COMPENSAR** o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, le pague a la señora Angie Patricia de las Salas Mejía de forma completa la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su menor hija.

TERCERO: COMUNICAR a las partes y a la sociedad vinculada la presente decisión por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR oportunamente las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si el fallo no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE,


MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ