

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia 11001 40 03 057 2020 0262 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.

ANTECEDENTES

1. La señora Gloria Esperanza Gil Monroy en nombre propio y el de su menor hija Sara Gualteros Gil, formuló acción de tutela contra Salud Total S.A., y SOS Administradora JB SAS buscando obtener el amparo de los derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social, y petición.

2. Como fundamentos de hecho, en esencia, adujo que:

2.1. La señora Gloria Esperanza Gil Monroy en el mes de abril de 2019 suscribió un contrato con la accionada SOS Administradora JB SAS para que esta efectuara los pagos a seguridad social, y otro contrato laboral como trabajadora independiente con Colcuidar.

2.2. En el mes de septiembre de 2019, se le informó que se encontraba en estado de gestación, y se estimó la fecha probable del parto.

2.3. Durante el periodo de embarazo y el post parto cotizó de forma ininterrumpida al Sistema General en Salud, es decir, hasta el 30 de mayo de los corrientes.

2.4. El 30 de enero del año que avanza, nació la menor Sara Gaulateros Gil en el Hospital Infantil de San José. Otorgándole a la quejosa 126 días de licencia de maternidad.

2.5. En el mes de enero, la accionada SOS Administradora JB SAS radicó ante SALUD TOTAL EPS solicitud del pago de licencia de maternidad.

2.6. El 8 de mayo de los corrientes, la EPS Salud Total aprobó el pago de la licencia de maternidad, girando un cheque a favor de la SOS Administradora JB SAS, que no fue reclamado en oportunidad.

2.7. El 28 de mayo de 2020, la Entidad Promotora de Salud le indica que su empleadora debe radicar nuevamente la documentación requerida para el pago de sus licencia de maternidad.

2.8. SOS Administradora JB SAS le manifestó a la quejosa que en la actualidad no tiene una cuenta bancaria disponible, y tampoco se encuentra el representante legal de dicha sociedad, para que pueda autorizar el cobro del cheque girado por la EPS a favor de un tercero.

2.9. El 8 de junio de 2020, la demandante insiste a la parte administrativa para que le sea entregado el pago de sus licencia de maternidad.

2.9. El 11 de junio del año que avanza, el representante legal de la sociedad SOS Administradora JB SAS le indicó que debía efectuar el pago del mes de junio para poder reclamar la licencia de maternidad.

2.1.0. Advierte que se está violentando su derecho al mínimo vital, pues no cuenta con recursos económicos para solventar los gastos de su menor hija y los propios.

3. Pretende a través de esta queja el amparo de los derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social, y petición y como consecuencia de ello se le ordene a Salud Total S.A., y SOS Administradora JB SAS, *“...proceda a realizar el pago de mi licencia de maternidad radicando los documentos exigidos por salud total para que de esta manera puedan pagarme la licencia de maternidad....”*.

TRAMITE PROCESAL

1. Este Despacho avocó el conocimiento de la acción mediante auto calendado 23 de junio de 2020, ordenándose notificar a las accionadas Salud Total S.A., y SOS Administradora JB SAS, para que ejercieran su derecho de defensa.

2. La EPS Salud Total indicó que consultada la base de datos de la entidad se evidencio que la señora Gloria Esperanza Gil Monroy figura como trabajadora

dependiente de SOS Administradora JB SAS, cuya licencia de maternidad fue liquidada mediante Nail P9193291 por el periodo del 30 de enero 6 de marzo de 2020, generándose el cheque No. 147694, y el comprobante de pago No. 11203, los que fueron anulados debido a que la sociedad empleadora no los reclamo en oportunidad. Luego le corresponde a SOS Administradora JB SAS solicitar una reexpedición del pago, o generar la carta de autorización para que se genere un nuevo cheque a favor de un tercero.

Agregando, que le corresponde al empleador asumir el pago de seguridad social de sus trabajadores, pues no está permitido la cotización a seguridad social por el sistema de cooperativa. En consecuencia solicita que se desestime la queja constitucional por hecho superado.

3. SOS Administradora JB SAS guardó silencio en el trámite de traslado de la queja constitucional.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela ha sido instituida como un trámite judicial preferente y sumaria que busca la protección inmediata de las garantías constitucionales de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Esta podrá ser incoada de forma excepcional cuando se evidencia un perjuicio irremediable, siempre y cuando el afectado 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. El problema jurídico que entraña la situación en estudio recae en determinar si Salud Total S.A., ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital, seguridad social, y petición de la señora Gloria Esperanza Gil Monroy, y su menor hija Sara Gualteros Gil, al negarse el pago de la licencia de maternidad por la falta de gestión de trámites administrativos por parte del empleador SOS Administradora JB SAS.

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. Ahora bien, en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, se consagró que en el caso de las trabajadoras dependientes, el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se encuentra a cargo del empleador. Luego es aquel el que adelantara la solicitud ante la Entidad Promotora de Salud donde se encuentre afiliada la madre y el menor. Seguidamente, la Entidad Promotora de Salud verifica el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2018 y desembolsa los dineros respectivos al empleador.

5. Recapitulando lo dicho en líneas precedentes, 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 que regula el tema, 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...”

6. 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

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.

La jurisprudencia Constitucional, en varios pronunciamientos ha precisado que la negación del pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento que no cumplió con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, o por cualquier otro motivo de orden administrativo, viola el derecho fundamental a la vida de la mujer gestante y su menor hijo.

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.

7. Preliminarmente se advierte, que es procedente la petición de reconocimiento económico solicitado, toda vez que el amparo se presentó el 23 de junio de 2020, es decir, antes que se completara un año desde el alumbramiento de la menor Sara Gualteros Gil (30 de enero de 2020).

Por otro lado, y como punto neutral se tiene que la quejosa cotizó de forma continua al Sistema General en Salud durante su período de gestación, y que por omisión del empleador SOS Administradora JB SAS, no se ha generado el desembolso de la licencia de maternidad, pues *“...el empleador debe solicitar una reexpedición del pago, o generar la carta de autorización para que se genere un nuevo cheque a un tercero...”*, según lo manifestó la Entidad Promotora de Salud al contestar la queja constitucional.

Bajo dicha primicia, se tiene que si bien es cierto que la encartada SOS Administradora JB SAS, ha omitido presentar la reexpedición del pago de la licencia de maternidad, también lo es que la Entidad Promotora de Salud ya había conocido dicha solicitud, al punto que generó el cheque No. 147694, y comprobante No. 11203; por ende, no le es desconocido que la actora si reunía los requisitos para obtener el beneficio reclamado, constituyendo una tajante vulneración a los derechos fundamentales incoados, cuando se niega dicho pago de manera indefinida hasta tanto el empleador vuelva a radicar la documental que ya había sido adjuntada a la EPS.

En ese orden de ideas, se evidencia que la encartada EPS Salud Total vulnera las prerrogativas deprecadas por la actora, como quiera que dicha entidad no puede poner trabas administrativas cuando la accionante reúne los requisitos para acceder a la licencia de maternidad, como quiera que ese subsidio constituye la única fuente de ingreso económico de la madre y la menor recién nacida, lo que implica que su desatención vulnera el prerrogativa del mínimo vital incoado,² máxime cuando no el empleador de forma desobligate se abstiene de cumplir con el requerimiento exigió por la EPS Salud Total,³ lo que no puede implicar que la señora Gloria Esperanza Gil Monroy y su menor hija Sara Gualteros Gil, deban asumir la responsabilidad de tal omisión.

8. En consecuencia, se ordenará a la EPS Salud Total que le pague directamente a la señora Gloria Esperanza Gil Monroy 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 **Gloria Esperanza Gil Monroy** su menor hija **Sara Gualteros Gil** dentro de la acción de tutela de la referencia.

² 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).

³ 5.9 En este orden, con base en las consideraciones generales de esta Sentencia, y dado que la accionante cumple con los requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, Saludcoop EPS no puede alegar la falta de gestión de trámites administrativos por parte del empleador de la Sra. Jiménez Pacheco para negar su pago. Esto por cuanto, como se señaló anteriormente, (i) la omisión en el pago de la prestación económica en comento, vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y de su menor hija; (ii) Saludcoop EPS puede hacer uso de los medios de defensa judicial que tiene a su disposición para hacer efectivo el cumplimiento de los trámites administrativos que debe realizar el empleador de la actora ante esta Entidad; y, (iii) los trámites administrativos en cuestión, son cargas cuya responsabilidad debe ser asumida por Saludcoop EPS y por el empleador, y no por la Sra. Jiménez Pacheco y su menor hija. (T-589A/07).

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la **EPS SALUD TOTAL** 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 directamente a la señora Gloria Esperanza Gil Monroy la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su menor hija.

TERCERO: COMUNICAR a las partes 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

Firmado Por:

MARLENE ARANDA CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 057 CIVIL MUNICIPAL DE 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:
acd75ec369f73a13350da0c3f993c2447b60660522b00c7422b443ac01ca8183

Documento generado en 03/07/2020 01:29:21 PM