

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00139-00

ACCIONANTE: DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO

ACCIONADAS: E.P.S. SURAMERICANA S.A.

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los quince (15) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO**, actuando en nombre propio, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la Vida, Salud y Mínimo Vital, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. SURAMERICANA S.A.**

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante que en enero de 2020 se afilió como cotizante independiente a la **E.P.S. SURA**, pues se encontraba en estado de gestación y buscaba poder acceder a los servicios de salud tanto para ella como para su hijo por nacer.

Que su hijo nació el 09 de julio de 2020, por lo que finalizando ese mes radicó la licencia de maternidad que le había otorgado la **E.P.S. SURA** por 126 días.

Que el 22 de septiembre de 2020 la E.P.S. le consignó la suma de \$723.000.

Que debido a la pandemia y a su situación económica se vio obligada a retirarse de la E.P.S. el 18 de agosto de 2020.

Que no volvió a recibir ninguna consignación por concepto de licencia de maternidad.

Que frente a lo anterior realizó una reclamación virtual a la E.P.S., quien le contestó que no había cotizado todo el tiempo de la gestación, además de haberse retirado; sin embargo, le informó que iba a analizar el caso sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.

Que radicó una nueva solicitud, en virtud de la cual la E.P.S. le informó que tenía derecho a un pago proporcional por los meses cotizados, y que el valor depositado era inferior al que realmente le correspondía; no obstante, a la fecha no se le ha resuelto nada al respecto.

Que por ello radicó una PQR ante la Superintendencia de Salud exponiendo su caso.

Que el 26 de octubre de 2020 la Superintendencia de Salud le indicó, que por haberse retirado, la prestación se liquidaba hasta la fecha de retiro.

Que a la fecha no ha sido posible una solución por parte de la E.P.S., a sabiendas que tiene derecho al pago proporcional por los meses cotizados durante su gestación.

Con fundamento en lo anterior, solicita se ordene a la **E.P.S. SURA** el reconocimiento del pago proporcional de la licencia de maternidad por los meses cotizados, en atención a que dicho pago constituye una fuente de recursos indispensables para atender sus necesidades básicas personales y familiares.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

E.P.S. SURAMERICANA S.A.

La accionada allegó contestación el 08 de marzo de 2021, en la que manifiesta que la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO** se encuentra afiliada al Plan de Beneficios de Salud desde el 23 de agosto de 2019 en calidad de *beneficiaria*, por lo que tiene cobertura integral.

Que según el sistema, el ingreso base de cotización del cotizante principal es \$0.

Que la accionante registra en el sistema, la licencia de maternidad No. 27223403, del 09 de julio de 2020 al 11 de noviembre de 2020.

Que frente a dicha licencia se generó el reconocimiento económico de forma parcial, como quiera que la accionante presentó *retiro* de la E.P.S. en calidad de independiente el 31 de julio de 2020 y en tal sentido, sólo se le pagaron 23 días correspondientes a julio de 2020.

Que conforme al artículo 33 del Decreto 2353 de 2015, modificado por el artículo 2.1.3.18 del Decreto 780 de 2016, dentro de los efectos de la terminación de la inscripción en una E.P.S. se encuentra la cesación de la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud y las prestaciones económicas para los cotizantes del régimen contributivo.

Conforme a lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela, teniendo en cuenta que la E.P.S. ha ajustado su actuar a las normas legales vigentes sin vulnerar derecho fundamental alguno.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a favor de la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO**? En caso afirmativo, ¿La **E.P.S. SURAMERICANA S.A.** vulneró los derechos fundamentales a la Vida, Salud y Mínimo Vital de la señora **BELLAIZAN OTAVO** al no haber efectuado el pago de la licencia de maternidad en proporción a los meses cotizados, por razón del retiro de la afiliada durante el disfrute de la licencia de maternidad?

MARCO NORMATIVO

Conforme el 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 éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona 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.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

El artículo 86 Superior determina que de manera general, la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales de las personas, "*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*", o cuando los particulares que presten un servicio público, afecten directamente el

interés colectivo o el tutelante se encuentre en situación de subordinación o indefensión frente a ellos.

En desarrollo de este precepto constitucional, el Decreto 2591 de 1991 estableció una serie de requisitos que deben ser satisfechos para que la acción constitucional sea procedente y que el juez constitucional debe valorar en cada caso concreto. El artículo 6º determina que la acción de tutela no es procedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Lo anterior significa que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir otros medios judiciales estos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales; (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que, en principio, este mecanismo constitucional es improcedente, ya que se trata de un derecho de carácter prestacional. En este sentido, sería necesario que el tutelante acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de la misma.

Sin embargo, la Corporación ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional para ordenar su pago, debido a que no se trata de un derecho de carácter exclusivamente legal, sino que, por el contrario, debe ser considerado como un derecho de carácter iusfundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, en aquellos casos en que se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y su hijo o hija¹.

En consecuencia, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos de la mujer que ha dado a luz y del recién nacido, cuando el derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención².

En la sentencia T-285 de 2018, la Alta Corporación señaló que no existe, en principio, un medio de defensa judicial ordinario al que puedan acudir las madres para el reconocimiento de sus derechos que pueda considerarse idóneo para tal efecto. En estos

¹ Sentencias T-092 de 2006; T-216 de 2010; T-602 de 2010; T-368 de 2015.

² Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005, en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999.

casos, remitir a estas personas a la acción ordinaria ante el juez laboral, la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, torna ineficaz la protección que se solicita³, máxime, cuando ante la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su hijo.

Bajo ese entendido, la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir de la comprobación de las siguientes circunstancias: (i) se interponga dentro del año siguiente al nacimiento⁴; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación⁵.

En relación con la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y está ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁶.

Así mismo, se ha establecido que si la EPS rechaza la solicitud de licencia de maternidad, esta entidad tiene la carga de la prueba y, por tanto, le corresponde controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; en caso de no lograr controvertirlo lo procedente es presumir dicha vulneración⁷.

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD (T-499A DE 2017 y T-278 DE 2018)

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto⁸.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales

³ Sentencia T-139 de 1999.

⁴ Ídem.

⁵ Sentencia T-475 de 2009.

⁶ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “*el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. (...) La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica*”.

⁷ Sentencia T-503 de 2016.

⁸ Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital⁹.

El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se ha referido a esta prestación, en un principio, como *“un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”*¹⁰.

No obstante, esta prestación se concibe no solo desde su valor económico sino también como una figura de la cual se deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto se despliega respecto de las madres y de sus hijos o hijas; e (ii) integral, en la medida en que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad¹¹.

La Corte ha señalado que la licencia, además de garantizar los recursos económicos necesarios para la subsistencia de la madre y la del hijo, tiene como finalidad asegurar, por un lado, un tiempo de reposo para la madre durante la etapa de la maternidad para que pueda recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto; y por el otro, velar por la aplicación del mandato de protección superior de la niñez y al garantizarles a los niños, niñas y adolescentes “amor y cuidado”, pues este período asegura que la madre pueda velar por el bienestar físico, psíquico y emocional de su hijo, en pro de su desarrollo armónico y el fortalecimiento de su relación filial, lo cual también resulta predicable en el caso de la madre adoptante quien requiere contar con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño, niña o adolescente que le sea entregado en adopción.¹²

Sobre la relevancia de la licencia de maternidad en los procesos de adopción, la Corte manifestó en la Sentencia C-543 de 2010, que el tiempo inicial de integración familiar es de suma importancia en el proceso de adaptación de la nueva familia, tanto en los casos en los que los adoptados son niñas o niños menores de 7 años como cuando son mayores a esa edad.

9 Sentencia T-603 de 2006.

10 Sentencia T-998 de 2008.

11 Sentencia C-543 de 2010.

12 *Ibidem*.

La Corte ha considerado que el descanso remunerado tiene –entre otros fines– que la madre biológica o la adoptante se pueda dedicar al cuidado del recién nacido y de sus necesidades propias, así como las del niño según la edad que sea entregado en adopción. Además, y especialmente busca que se creen las condiciones de desarrollo físico, social y afectivo en esa primera etapa para el niño recién nacido o entregado en adopción, sin que las preocupaciones laborales sean un obstáculo o carga. De allí que, desde el punto de vista legal, se haya señalado que las garantías de las madres gestantes se deben extender a las adoptantes, en los términos del numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

La licencia de maternidad es, entonces, 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 nacido¹³.

En esa medida, esta prestación cobija 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 los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento¹⁴.

Así las cosas, se tiene que la licencia de maternidad corresponde a un descanso remunerado –con el salario que devengue la mujer al momento de entrar a disfrutarlo– que inicialmente se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

En lo que respecta al tiempo de cotización, la Corte Constitucional de manera reiterada ha señalado que, aun cuando la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad la obligación de efectuar aportes al Sistema General de Salud durante todo el periodo de gestación, lo cierto es que también se tiene el derecho a percibir la prestación de manera proporcional cuando no se haya cotizado el tiempo completo.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-503 de 2016, reiterada en la T-526 de 2019, se indicó:

13 Sentencia T-204 de 2008.

14 Sentencia T-503 de 2016.

“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”.

MARCO LEGAL DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD, SU RECONOCIMIENTO Y PAGO.

Esta prestación emana de las normas laborales. El **artículo 236** del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011, a su vez modificado por el artículo 1 de la **Ley 1822 de 2017** *“Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, estipula lo siguiente:

“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.*

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En

ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1. *De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.”*

El Ejecutivo también reglamentó la licencia de maternidad a través del **Decreto 780 de 2016** “Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” cuyo artículo 2.1.13.1 reza lo siguiente:

“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.*

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.

(...)

*El empleador o **trabajador independiente**, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.*

Finalmente, el artículo 78 del **Decreto 2353 de 2015**, establece que la EPS asumirá el pago total de la licencia de maternidad: (i) siempre y cuando se hayan efectuado los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación de manera ininterrumpida y oportuna; y (ii) en forma proporcional, cuando por inicio de la vinculación laboral se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación. Adicional a ello, (iii) en caso de mora en el pago de aportes durante el período de gestación, el reconocimiento de la licencia tendrá lugar, siempre y cuando a la fecha del parto se hubieren cancelado la totalidad de los aportes y los intereses moratorios correspondientes.

CASO CONCRETO

La señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO** interpone acción de tutela en contra de la **E.P.S. SURAMERICANA S.A.** por considerar que ha vulnerado sus Derechos Fundamentales a la Vida, Salud y Mínimo Vital, en razón a que no le ha sido pagada la licencia de maternidad de manera proporcional a los periodos que fueron cotizados por ella como trabajadora independiente.

Previo a realizar un análisis de fondo, es necesario determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad.

Conforme se indicó en el marco normativo de esta providencia, la acción tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para debatir discusiones de carácter económico, pues para este tipo de pretensión el ordenamiento brinda la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que el pago la licencia de maternidad puede ser ordenado a través del mecanismo de la acción de tutela, siempre y cuando: i) se haya interpuesto dentro del año siguiente al nacimiento del menor y ii) se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

En el caso concreto, se tiene que el menor hijo de la accionante nació el 09 de julio de 2020, según da cuenta el Certificado de Licencia No. 0-27223403 expedido por la E.P.S. SURA; y la acción de tutela fue presentada el 03 de marzo de 2021, por lo que transcurrieron casi 8 meses entre el nacimiento y la interposición de la tutela.

Frente al segundo supuesto, la accionante manifiesta en los hechos de la tutela, que el pago de la licencia de maternidad “constituiría una fuente de recursos indispensables para atender mis necesidades básicas personales y familiares”; afirmación frente a la cual la accionada no emitió pronunciamiento alguno tendiente a desacreditar una presunta afectación al mínimo vital, ni aportó medios probatorios con esa finalidad, motivo por el cual hay lugar a aplicar la presunción de vulneración de esa garantía fundamental, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia constitucional¹⁵.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el asunto adquiere una relevancia iusfundamental que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, el Despacho considera que se acredita el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, se pasará a examinar de fondo la materia.

La señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO** estuvo afiliada a la **E.P.S. SURA** en calidad de *cotizante independiente* en el periodo comprendido entre el 03 de enero de 2020 y el 31 de julio de 2020, según lo informa la accionada y se observa en los soportes documentales aportados con la contestación. Igualmente, se evidencia que en la actualidad la actora registra la calidad de *beneficiaria* de **JEFFERSON GIOVANNY REYES SANCHEZ**.

Ahora, según el Certificado de Licencia No. 0-27223403 expedido por la **E.P.S. SURA** el 22 de julio de 2020, se observa que la entidad registró inicialmente la licencia de maternidad de la accionante con fecha de inicio 09 de julio de 2020 y de finalización 11 de noviembre de 2020, para un total de 126 días. No obstante, con posterioridad, esto es, el 20 de agosto de 2020, la accionada liquidó la prestación económica con corte al 31 de julio de 2020, correspondiente a 23 días, pagando a la actora la suma de \$726.821¹⁶.

Frente a ello, la E.P.S. a través de atención virtual le indicó a la accionante, que como ella no había efectuado cotizaciones durante todo el periodo de gestación, la licencia de maternidad no correspondía a 126 días -como se había registrado en el Certificado de Licencia- sino a la proporción correspondiente por el periodo efectivamente cotizado¹⁷.

Así las cosas, de las pruebas aportadas por las partes, se evidencia que la actora efectuó cotizaciones por un término aproximado de 6 meses durante el periodo de gestación (del 03 de enero de 2020¹⁸ al 09 de julio de 2020¹⁹), advirtiendo que en el Certificado de Licencia no se hace alusión a ningún evento de parto prematuro, ni se registra información

¹⁵ Sentencia T-503 de 2016.

¹⁶ Página 10 archivo pdf “006.ContestaciónSura”.

¹⁷ Página 7 archivo pdf “001.AcciónTutela”.

¹⁸ Fecha de afiliación de la accionante como cotizante, según lo informa la EPS y se afirma en el escrito de tutela.

¹⁹ Fecha del nacimiento del hijo de la accionada.

alguna en el campo: “*Diferencia Gestación y Embarazo a Término*”; adicionalmente, en el hecho primero del libelo tutelar la accionante refiere que para el mes de enero de 2020, cuando se afilió como cotizante independiente, ya se encontraba en estado de gestación.

Las anteriores circunstancias permiten inferir, que en el caso de la señora **BELLAIZAN OTAVO** faltaron por cotizar al Sistema de Salud más de 2 meses del periodo de gestación, de manera que debe aplicarse la segunda regla prevista en la sentencia T-526 de 2019, esto es, que hay lugar al pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó, tal como le fue informado a la actora mediante el canal virtual de la E.P.S., y frente a lo cual no presenta reparo alguno, pues justamente su petición está dirigida a obtener el pago de la licencia de maternidad en proporción al tiempo que cotizó.

Precisado lo anterior, lo que evidencia el Despacho, es que el motivo de inconformidad de la accionante radica en que la E.P.S. realizó la liquidación de la prestación económica con corte al 31 de julio de 2020, fecha en que aparece acreditado su *retiro*, y no efectuó el pago por la proporción correspondiente a las cotizaciones realizadas; es decir, que el pago de la licencia no debió ser por los 23 días liquidados, sino superior, dice la accionante.

Al respecto, la **E.P.S. SURA** en su contestación manifiesta haber actuado conforme a derecho, toda vez que, **ante el retiro de la accionante como afiliada cotizante, cesaba la obligación de continuar reconociendo la prestación económica por maternidad.** Como fundamento de su afirmación invoca el artículo 33 del Decreto 2353 de 2015, modificado por el artículo 2.1.3.18 del Decreto 780 de 2016²⁰, según el cual:

“ARTÍCULO 2.1.3.18. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN UNA EPS. La terminación de la inscripción en una EPS tiene como efecto para la EPS, la cesación de la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios y las prestaciones económicas para los cotizantes del régimen contributivo. (...)”

A su turno, el numeral 3º del artículo 2.1.3.17 del Decreto 780 de 2016 establece que, en tratándose de trabajadores independientes, la inscripción en una E.P.S. se termina, entre otras, “3. Cuando el trabajador independiente no reúne las condiciones para ser cotizante”.

En este punto es importante destacar que, tal como se expuso en el marco normativo y según se desprende del artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, uno de los elementos esenciales para que opere el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es que la mujer ostente la calidad de afiliada **cotizante**, pues es justamente en virtud de dicha relación jurídica que surge para la E.P.S la obligación no solo de brindar las prestaciones

20 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

asistenciales a que haya lugar, sino también, de responder por las prestaciones económicas que se generen, y, consecuentemente, se radica en la afiliada el derecho a recibir el pago.

A efectos de enfatizar en la importancia que tiene la “cotización” para el reconocimiento de las prestaciones económicas, vale traer a colación lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica (...).

*En todo caso, **para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.***

(...)

PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar”.

Adicionalmente, en el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 se establece de forma imperativa la obligación de efectuar las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones durante el periodo de la licencia de maternidad, indistintamente de si se trata de trabajadores dependientes o independientes, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 3.2.1.10. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DURANTE LAS INCAPACIDADES O LA LICENCIA DE MATERNIDAD. **Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones.** Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.*

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquellas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

(...)

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.

(...)

PARÁGRAFO 2. Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar estas novedades por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.

Conforme a lo anterior, es claro que las normas vigentes hacen alusión explícita a que el afiliado que reclama las prestaciones económicas otorgadas en el Sistema de Salud se encuentre activo en calidad de *cotizante* dentro del Régimen Contributivo en Salud, atendiendo a que son precisamente los afiliados a este régimen los únicos que tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones económicas.

Además, nótese que las normas aludidas hacen mención a la obligatoriedad para la afiliada independiente a quien le es reconocida una licencia de maternidad, de continuar realizando los respectivos aportes, no solo al Sistema de Salud sino también al de Pensiones, y reportar dicha novedad por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, durante todo el tiempo que dure el disfrute de la licencia.

En tal sentido, como quiera que se encuentra acreditado que la accionante estuvo vinculada en calidad de cotizante hasta el **31 de julio de 2020**, fecha a partir de la cual la E.P.S. certifica su **retiro**, es por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1.3.18 del Decreto 780 de 2016, cesó para la accionada la obligación de continuar garantizando el pago de la licencia de maternidad proporcional a la accionante.

Valga señalar que, si bien en la tutela la actora señala que el 18 de agosto de 2020 se vio obligada a retirarse de la E.P.S. en atención a que no contaba con los medios económicos para continuar cotizando y para tales efectos aportó la copia de un pago realizado ese mismo día a través de la “*Planilla Simple*”, relacionado en el acápite de pruebas como “*Último pago mes cotizado*”, lo cierto es que de dicha prueba no puede desprenderse que dicha data corresponda a la fecha de corte de la afiliación, toda vez que para ello se hace necesario contar con la respectiva planilla donde conste el detalle del aporte, así como la novedad de retiro, información que no puede verificarse con el solo recibo de pago.

Además, recuérdese que a partir de la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 1273 de 2018 al artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, la cotización

efectuado por los trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral pasó de realizarse de mes anticipado a mes vencido, así:

*“ARTÍCULO 2.2.1.1.1.7 PAGO DE COTIZACIONES DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. **El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.***

Lo dispuesto en el presente artículo no afecta las coberturas de las prestaciones de cada uno de los Subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral que, conforme a la normativa vigente, las entidades administradoras de los mismos deben garantizar a sus afiliados.”

Luego entonces, al no haber certeza del detalle del aporte realizado el 18 de agosto de 2020, se entenderá que el mismo corresponde a la cotización efectuada por la señora **BELLAIZAN OTAVO** para el mes de julio del año 2020, como en efecto lo certifica la E.P.S.

Así pues, la fecha de **retiro** que se encuentra acreditada en el plenario es la reportada por la **E.P.S. SURA**, que corresponde al **31 de julio de 2020**, misma que fue tomada como extremo final para liquidar la licencia de maternidad de la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO**.

Igualmente, se resalta que, tal como lo expuso la accionante en el hecho cuarto de la tutela, ante el presunto incumplimiento de la accionada en el reconocimiento de la licencia de maternidad, acudió a la Superintendencia de Salud a través de una PQR; solicitud que fue respondida el 26 de septiembre de 2020, en los siguientes términos:

“En atención a su solicitud presentada ante la Superintendencia Nacional de Salud el 26 de octubre de 2020 con radicado 1-2020-523189, en la cual solicita información sobre el reconocimiento económico de la licencia de maternidad relacionada en su comunicación, cordialmente le informamos que registra retirada el 31 de julio de 2020 por lo cual la licencia numero 27223403 se liquidó hasta la fecha de retiro”.

Bajo ese entendido, en el presente trámite no fue allegada ninguna prueba que permita adoptar una decisión distinta a la que impone el artículo 2.1.3.18 del Decreto 780 de 2016 y a la cual arribó la Superintendencia de Salud, que, por disposición reglamentaria²¹ tiene dentro de sus competencias adelantar las acciones frente al incumplimiento en el pago de las prestaciones económicas por parte de las E.P.S.; encontrándose, por tanto, ajustada a

21 Artículo 3 del Decreto 1333 de 2018.

derecho la determinación adoptada por la **E.P.S. SURA**, sin que se evidencie la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Finalmente, pese a que no es una pretensión expresa, la accionante señala en su escrito tutelar que, en una respuesta otorgada por la accionada, se le informó que el valor que le había sido depositado por concepto de licencia de maternidad era inferior al que realmente le correspondía, sin que a la fecha le hubiese cancelado la diferencia.

Sin embargo, revisadas las diligencias, no se encuentra ni en el escrito de tutela ni en ninguna de las documentales aportadas por las partes, que se haya hecho mención a un valor diferente al reconocido por la E.P.S. por concepto de licencia de maternidad y a partir del cual pueda establecerse si hay o no una diferencia en el monto depositado. En todo caso, no es dable entrar a determinar si existe dicha diferencia, pues recuérdese que por vía jurisprudencial se ha establecido que la acción de tutela es improcedente para dirimir controversias de naturaleza económica que no tengan trascendencia iusfundamental²².

Por lo expuesto, se negará el amparo de los derechos fundamentales a la Salud, a la Vida y al Mínimo Vital de la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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: NEGAR el amparo de los Derechos Fundamentales a la Salud, a la Vida y al Mínimo Vital invocado por la señora **DANYZZA CATALINA BELLAIZAN OTAVO** y en contra de la **E.P.S. SURAMERICANA S.A.** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

22 Sentencias T-606 del 200, T-499 de 2011, T-150 de 2016, entre otras.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ