

Rama Judicial del Poder Público**JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación 11001400300320200042500

Se resuelve la solicitud de amparo presentada por **Gina Paola Enciso Tejedor** contra **Listos S.A. y Capital salud EPS**

I.- ANTECEDENTES:**Lo que se pretende**

Persigue la actora se ordene a la accionada reconocer y pagar la licencia de maternidad núm. 329875.

Hechos fundamento de la petición de amparo.

Expone los siguientes:

1.1.- Indicó que se encuentra afiliada Capital Salud desde el 1 de julio de 2013, como cotizante desde el 30 de julio de 2019 a través de la empresa LISTOS S.A. Dicha entidad ha venido realizando los aportes de manera cumplida y adecuada.

1.2.- Aduce que el trámite y reconocimiento de la licencia de maternidad se realizó debidamente, en tanto es de vital importancia pues representa su mínimo vital y único ingreso para ella y su menor hijo. Relató que su pago se ha generado de manera parcial (por partes). Adicionalmente, su empleador desde el 20 de marzo la envió a su casa sin salario por su estado de embarazo al ser una propensa a adquirir coronavirus.

II.- ACTUACION PROCESAL

2.1.- En auto del 12 de agosto de 2020, se dispuso admitir la solicitud de amparo contra Listos S.A., Capital salud EPS, y las vinculadas

2.2.- Notificada la sociedad Listos S.A.S., manifestó que ha realizado todos los aportes a seguridad social como correspondía.

2.3.- Por su parte Capital salud expresó que realizó el pago de la licencia de manera proporcional al tiempo cotizado, en tanto solamente se realizó cotización por 247 días a su EPS. Dicho pago fue realizado a la sociedad Listos S.A.S, el 6 de agosto de 2020 por la suma de \$3´475.940.

III.- CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Compete establecer si a ¿La señora Gina Paola Enciso Tejedor y a su hijo recién nacido se les vulneraron los preceptos fundamentales invocados, al no haberse cancelado la prestación económica por parte de Listos S.A. y Capital salud EPS, generada por la licencia de maternidad, a la cual considera tiene derecho?

Competencia

Es competente este Despacho Judicial para conocer de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991 en concordancia con lo previsto en el Decreto 1382 de 2000.

3.1.- La acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1.991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.2.- En el presente asunto, del supuesto fáctico antes reseñado se desprende que la pretensión de la accionante se encamina al reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, que a la fecha se encuentran sin cancelar.

Para abordar el análisis y estudio de la presente acción, importa precisar que, en línea de principio, el mecanismo constitucional invocado no es la vía para ventilar lo referente a la seguridad social dada la naturaleza subsidiaria de este tipo de acción preferente, puesto que el legislador ha establecido escenarios judiciales concretos para dirimir tales controversias – núm. 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social-. Por tanto, no resulta procedente la acción de tutela para resolver los conflictos que surjan por la falta de cancelación de prestaciones sociales, por el contrario, es un tema que corresponde a la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Sin embargo, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que la acción pública es procedente para controvertir este tipo de asuntos, siempre y cuando el “i) mecanismo definitivo, cuando el medio ordinario dispuesto para resolver

las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; ii) Procede la tutela como mecanismo transitorio: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”¹

3.2.1.- En lo que respecta al reconocimiento y pago de incapacidades, la Corte Constitucional ha sostenido que:

A pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando estas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se puede ver abocado el individuo y su núcleo familiar².

Al respecto, en sentencia T-097 de 2015, se dijo que los derechos constitucionales que pueden resultar o verse afectados por el no reconocimiento y pago de incapacidades son la vida digna y el mínimo vital de la promotora del amparo, siendo por ello la acción de tutela procedente como mecanismo excepcional y transitorio.

3.2.2.- Ahora bien, en lo que refiere a la Licencia de Maternidad, es menester resaltar que es un mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la defensa de la mujer embarazada y el recién nacido, es decir, ha sido instituida como un derecho de carácter prestacional, que en principio no sería susceptible del amparo constitucional, sino que su reconocimiento debe obtenerse a través de las acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral, como se esbozó en párrafos que anteceden.

Empero, cuando la falta de pago de dicha prestación afecta el derecho fundamental de la madre y el menor recién nacido a una vida en condiciones dignas, y el valor que se percibe durante el período de licencia se constituye en el único medio de sustento, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y expedito con miras a amparar los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que el otro medio de defensa judicial no resulta idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su menor hijo.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha establecido que: *“La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre”.*

¹ Corte Constitucional T-056 de 2014.

² T-245-15

3.2.3- Lo anterior no quiere significar que en todos los casos procede la acción para reclamar las licencias de maternidad, pues se ha establecido que sólo en aquellos eventos en los que se amenace el mínimo vital de la madre y su hijo y, en consecuencia, otros derechos fundamentales, podría proceder este mecanismo. Pues se ha indicado, por vía jurisprudencial, *“que existen dos eventos en los cuales se presume la vulneración del mínimo vital, cuales son: (i) cuando la madre devengue el salario mínimo legal y (ii) cuando éste sea su única fuente de ingresos. En tales supuestos le corresponde a la E.P.S. demostrar que con el no reconocimiento del pago de la licencia no se está afectando las condiciones de subsistencia de la madre y su hijo recién nacido”*³

4.- De cara a ésta perspectiva y la jurisprudencia transcrita, resulta palmario que es procedente el reconocimiento y pago de la pretendida licencia de maternidad, pues la actora manifestó que del mismo dependen ella y su menor hijo, al ser su fuente de ingreso, empero, la entidad accionada informó que la afiliada no realizó la totalidad de sus aportes en el periodo de gestación, ya que únicamente se cancelaron 247 días.

Verificada la documentación allegada, se evidencian los siguientes pagos al sistema de seguridad social (i) 7 días del mes de septiembre de 2019 y (ii) 30 días consecutivos mes por mes desde septiembre de 2019 a mes de abril de 2020, siendo estos 247 días de cotización. Ahora, frente al pago de la licencia de maternidad en los casos de la no cotización completa ha dicho la jurisprudencia⁴ *“...con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó...”*

Cabe precisar que, conforme la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y en aras de no hacer la carga más gravosa para la accionante, se ordenará al representante legal de Listos S.A. y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice el desembolso de licencia de maternidad a la accionante de cara al pago realizado por la EPS Capital salud por la licencia de maternidad núm. 329875, por valor de \$3'475.940, monto que corresponde a 116 días de la licencia de maternidad reconocidos.

5.- Resulta importante señalar que cualquier evento que se pretende entre los pagos reportados a la EPS y realizados por el empleador, sean en tiempo o no, o en su totalidad por el tiempo laborado por la empleada, deberá ser ventilados ante la jurisdicción ordinaria laboral.

6.- En caso de no ser impugnado este fallo se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Atendiendo estas consideraciones el amparo implorado deberá ser concedido.

³ T-216-2010
⁴ T-368-2015

DECISIÓN

En mérito de expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales deprecados por la señora Gina Paola Enciso Tejedor.

SEGUNDO. - ORDENAR al representante legal de Listos S.A. y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, pague la licencia de maternidad núm. 359875 a Gina Paola Enciso Tejedor, teniendo en cuenta el desembolso realizado por la EPS Capital Salud el pasado 6 de agosto de 2020 por valor de \$3'475.940 a dicha entidad.

TERCERO.- NOTIFICAR a las partes la decisión aquí tomada por el medio más expedito y eficaz conforme el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. - REMITIR la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia si el presente proveído no fuere impugnado.

Notifíquese y Cúmplase,



ORLANDO GILBERT HERNÁNDEZ MONTAÑEZ

Juez