



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001-40-03-047-2020-00255-00

Decide el Despacho la acción de tutela promovida por **KATHERYN ANDREA VERA BUSTOS** contra **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL REGIMEN SUBSIDIADO S.A. - Siglas SALUD TOTAL E.P.S.-S S.A.** y las vinculadas **SAYLORS JEANS S.A.S.** y **ADRES**.

I. Antecedentes

1. La accionante reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la entidad accionada y, en consecuencia, solicitó ordenar a Salud Total E.P.S., "(...) **SEGUNDO:** *realizar el pago y correspondiente desembolso de mi licencia de maternidad la cual se ordenó por el médico tratante por un término 126 días la cual tuvo origen el pasado 26 de noviembre de 2019 y va hasta el día 30 de marzo de 2020*".

2. Sustentó el amparo, en síntesis, así:

2.1. El 26 de noviembre de 2019, día a luz a su hija en la IPS Hospital Infantil Universitario San José, entidad que le otorgó la licencia de maternidad equivalente a 126 días, mediante el «*certificado de incapacidad No. P9008411*».

2.2. Así mismo, el 30 de enero de 2020 la accionada a través de correo electrónico notificó a la sociedad SAYLOR JEANS S.A.S. su negativa al pago de la licencia solicitada como prestación económica, argumentando lo siguiente «*[...] el reconocimiento económico de la licencia antes mencionada no es procedente, teniendo en cuenta que es directamente el ADRES quien reconoce el pago de las Licencias a las EPS, esta no es posible liquidarse con valor. Para el reconocimiento de la licencia la protegida y/o empleador debe haber realizado el pago oportuno de las cotizaciones a más tardar el día del nacimiento del menor. Lo anterior, de conformidad con lo señalado en el Decreto 2353 del 03 de Diciembre 2015 artículo 78 cuyo aparte pertinente indica: 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 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*».

2.3. Ante la negativa del pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS, la accionante presentó una petición en la que solicitó de nuevo el pago de la licencia, la cual se negó por parte de la entidad accionada con el siguiente argumento: «*[...] Teniendo en cuenta*

que la Licencia inicia el 26 de Noviembre de 2019 y la cotización solo se efectúa hasta el día 02 de Diciembre de 2019, no se genera reconocimiento dado que el pago es extemporáneo a la fecha de nacimiento del menor. Tal como se deduce de lo anterior, no quiere decir que el usuario no tenga derecho al reconocimiento de la licencia, es el empleador quién debe entrar a reconocer la misma. -Esperamos que la respuesta suministrada sea de su entera satisfacción y que responda a las necesidades planteadas en el comunicado”»

2.4. Para finalizar la accionante manifestó que es madre soltera, que aún se encuentra en licencia de maternidad y que no cuenta con medios de sustento propios para la manutención de sus hijas, y que no cuenta con ahorros que le ayuden a sopesar la crisis sanitaria por cuenta del Covid – 19.

II. El Trámite de Instancia

1. El 01 de abril de 2020 se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado a la entidad accionada y a las vinculadas, para que remitieran copia de la documentación en cuanto a los hechos de la solicitud de amparo y ejercieran su derecho de defensa, librando las comunicaciones de rigor.

2. SALUD TOTAL E.P.S Mediante escrito del 03 de abril del año en curso, manifestó que luego de verificar en su base de datos las prestaciones económicas presentadas por la parte actora, encontró **«UNICAMENTE los siguientes periodos RADICADOS, RECLAMADOS Y RECONOCIDOS por SALUD TOTAL EPS, actualmente en proceso de pago mediante radicado interno 0402207220 a contabilidad para priorizar el pago a empleador de licencia P9008411 total por valor de \$3, 897,558.»**

Razón por la cual solicitó se deniegue la acción de tutela ya que se trata de una controversia de origen económico y, adicional a ello, se presentó la carencia actual de objeto por hecho superado.

3. LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, manifestó que no ha desplegado ningún tipo de conducta relacionada con los hechos objeto de análisis, por lo que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó su desvinculación de la presente acción.

4. SAYLOR JEANS S.A.S., guardó silencio, motivo por el cual se dará alcance a la presunción de veracidad de los hechos expuestos en el escrito de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

III. Consideraciones

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el núm. 1º del art. 1º del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela.

2. La acción de tutela es una herramienta con la que se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o aún de los particulares, en los casos establecidos por la ley.¹

¹ CSJ Civil, 24/Ene./2013, e15001-22-13-000-2012-00593-01, A. Salazar y CConst, T-001/1992 y C-543/1992, J. Hernández.

3. Bajo la teleología de la acción de tutela, con base en los hechos expuestos en el libelo demandatorio, corresponde a este Juez constitucional, resolver el **problema jurídico** que consiste en determinar si la acción de tutela resulta procedente para ordenar el pago de la licencia de maternidad No. P9008411 correspondientes al período comprendido entre el 26 de noviembre de 2019 al 30 de marzo de 2020 a favor de Katheryn Andrea Vera Bustos.

4. La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar.

Así, la Constitución de 1991, consagró dicha protección especial, a la mujer en período de gestación y lactancia en su artículo 43: "(...) *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*".

Esta norma implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), señala: "*A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Parte tomarán medidas adecuadas para: (...) b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales*".

De la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, al igual que de la Convención Interamericana Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer, se destaca que la importancia social de la maternidad y la función de ambos padres en la familia y en la educación de los hijos, resaltando que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino, que debe existir una armonización de las responsabilidades laborales y familiares en el hogar, así mismo, se debe ser consecuente en que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, la familia, la sociedad y el Estado.

4.1 Así mismo, en el derecho interno, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1468 de 2011, señala que: "*1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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*".

El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que,

de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.²

5. Ahora bien, en principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios³. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, la Corte Constitucional ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable⁴.

De esta manera, la Corte Constitucional ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: **(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento⁵; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.**

5.1. Así mismo en reiteración de jurisprudencia la H. Corte Constitucional ha señalado como necesario que se configuren los siguientes requisitos para que se ordene el pago de la licencia de maternidad⁶:

«[...] (i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación. [...]»

"(ii) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. [...]"

"(iii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, "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".

"(iv) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.»

"(v) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia." -énfasis añadido-

² Sentencia T-172 de 2011.

³ Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

⁴ Sentencia T-368 de 2009.

⁵ Ídem.

⁶ T-503 de 2016, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁷. Así mismo, el alto tribunal ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención⁸.

5.2 Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela⁹, más aún cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.

6. Analizado el acervo probatorio, se colige que Katheryn Andrea Vera Bustos cumple con las exigencias establecidas en la jurisprudencia constitucional atrás señalada, como quiera que interpuso la acción de tutela dentro del año de nacimiento de su hija quien nació el **26 de noviembre de 2019** de acuerdo con lo manifestado por la accionante y a la copia de la licencia de maternidad No. P9008411 expedida por la IPS HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE, la cual tiene como fecha de inicio de la incapacidad el «11/26/2019» y fecha final «03/30/2020» días totales 126, información que fue validada por la propia EPS accionada como se desprende de su contestación cuando indicó «[...] **actualmente en proceso de pago mediante radicado interno 0402207220 a contabilidad para priorizar el pago a empleador de licencia P9008411 total por valor de \$3, 897,558.**»

Bajo ese entendido, respecto de la actora, como ya se advirtió, en caso de no reconocerse el pago de la aducida licencia, **existe una presunción de afectación al mínimo vital**, presunción que por demás no fue desvirtuada por la accionada quien tenía la carga de ello; razón por la que teniendo en cuenta las precisiones arriba señaladas, en atención a la jurisprudencia en comento, atendiendo que la accionante tiene derecho al pago de la licencia de maternidad y que el mismo fue aprobado por SALUD TOTAL E.P.S., no obstante, se encuentra pendiente el desembolso y pago de la misma.

Así mismo, se observa que, a pesar del pago extemporáneo de los aportes por parte del empleador de la accionante, la accionada aceptó los mismos, configurándose así el

⁷ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. 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".

⁸ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), 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 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

⁹ T-139 de 1999.

«**allanamiento a la mora**», motivo por el cual no puede negar el pago de la licencia de maternidad de la señora Katheryn Andrea Vera Bustos.

7. Por lo anterior, resulta forzoso, en aras de no hacer más gravosa la situación de la actora y en especial de sus menores hijas, acceder a lo peticionado, por lo que se ordenará al representante legal de SALUD TOTAL E.P.S. que dentro del término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a **reconocer y pagar** a la señora **Katheryn Andrea Vera Bustos** la licencia de maternidad causada dentro del período comprendido entre el 26 de noviembre de 2019 al 30 de marzo de 2020 con ocasión al nacimiento de su hija.

8. Por otra parte, se ha de desvincular del trámite de la presente acción de tutela a SAYLORS JEANS S.A.S. y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, debido a que no vulneraron derechos fundamentales de la accionante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarenta y Siete Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER la tutela deprecada por la señora **KATHERYN ANDREA VERA BUSTOS** contra **SALUD TOTAL E.P.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. ORDENAR al director o representante legal de **SALUD TOTAL E.P.S.**, o quien haga sus veces, que sin demora alguna y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a **reconocer y pagar** a la señora **KATHERYN ANDREA VERA BUSTOS** la licencia de maternidad causada dentro del periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2019 al 30 de marzo de 2020 con ocasión al nacimiento de su hija, según incapacidad No. P9008411.

TERCERO. DESVINCULAR del presente trámite a SAYLORS JEANS S.A.S. y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

CUARTO. NOTIFICAR esta determinación a la parte accionante y a las entidades accionadas, por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO. Si la presente decisión no fuere impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase


FELIPE ANDRÉS LÓPEZ GARCÍA
JUEZ

J.A.C.H.