



REFERENCIA. 080014189003202000455-01.  
PROCESO. ACCION DE TUTELA (IMPUGNACION).  
ACCIONANTE. MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA.  
ACCIONADO. SALUD TOTAL E.P.S.  
VINCULADOS. CORPORACION Y SERVICIOS J.C.V.R. S.A.S. Y JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS.

JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL. Barranquilla, jueves catorce (14) de enero de dos mil veintiuno (2.021)

Procede el Despacho a resolver la IMPUGNACION presentada por la vinculada CORPORACION Y SERVICIOS J.C.V.R. S.A.S., contra el fallo de fecha noviembre 03 de 2020 proferido por el JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, dentro de la presente solicitud de ACCIÓN DE TUTELA radicada bajo el No. 080014189003202000455-01 incoada en nombre propio por la señora MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.143.143.794 de Barranquilla contra SALUD TOTAL E.P.S., a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, por la presunta violación de sus Derechos Fundamentales al MÍNIMO VITAL, a la SALUD, a la VIDA DIGNA y a la SEGURIDAD SOCIAL, por parte de la accionada.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

La presente solicitud fue presentada en nombre propio por la señora MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA, contra SALUD TOTAL E.P.S., correspondiéndole su conocimiento por reparto al JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, quien mediante auto del 20 de octubre de 2020 dispuso su admisión y ordenó oficiar a la parte accionada a fin de que diera respuesta a los hechos de la tutela. Igualmente dispuso vincular al trámite a la CORPORACION Y SERVICIOS J.C.V.R. S.A.S., y al JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, los cuales una vez notificados procede a dictar sentencia concediendo las pretensiones, la cual fue impugnada por la accionante, siendo esa la razón por la que se encuentra en esta superioridad, donde se admitió por auto de fecha Diciembre 1º de 2020, a fin de que se surta la alzada.

#### HECHOS QUE MOTIVARON LA ACCION

Como viene expuesto en el escrito de tutela, los supuestos de hechos que sustentan el presente accionar en esta instancia son:

*“1.- Me encuentro afiliada a esta EPS desde el 01 de junio del 17 a través de la empresa CORPORACION Y SERVICIOS JCVR SAS como dependiente. 2.- El 25 de mayo del 2020 tuve a mi menor hija de nombre SOFIA FERNANDA GARCIA OSPINO. 3.- La clínica la Merced me otorgo una incapacidad por haber tenido a mi hija por intermedio de una Cesárea, a través del médico tratante Carol María Gómez Herrera ginecología y obstetricia. 4.- Por tener a mi niña en época de pandemia donde existían las restricciones por la cuarentena y por pico y placa, tuve que enviar mi solicitud de pago de incapacidad por intermedio de la página [www.saludtotal.com.co](http://www.saludtotal.com.co), y al no obtener respuesta eleve una queja ante la superintendencia de salud. 5.- El día 09 de junio del 2020 la incapacidad fue transcrita con el No P926809314 y recibida en la EPS Salud Total y al no obtener respuesta por parte de salud total, se procedió a elevar una queja ante la Superintendencia de Salud, la cual fue radicada virtualmente con el No 1-2020-470196. 6.- En septiembre del 2020 la señora CARMEN ELISA SALAZAR VELASQUEZ contesta la solicitud de pago y a la vez del reclamo interpuesto ante la Superintendencia de salud, en su cargo de abogada de servicios legales de usuarios de Salud total EPS, en el que manifiesta que no es posible conceder la solicitud por haberse realizado el pago el 02 de junio del 2020. 7.- Lo manifestado por la EPS salud total es cierto, pero debido al estado generado por el Covid 19 donde se alteraron toda la rutina diaria de las personas en las que nos vimos afectados tanto emocionalmente como laboralmente y con el desconocimiento que todas aquellas diligencias que se hacían de manera presencial y ahora debíamos hacerlo de manera virtual, contribuyendo*

también a que el pago se hiciera de manera retrasada con dos (2) días. **8.-** En la actualidad esta es mi única fuente de ingreso, así como que soy madre cabeza de familia que genera su sustento diario de lo que devengo, y el no pago de mi incapacidad me obliga a interponer esta acción de tutela. **9.-** Por otro lado, se tiene que la entidad Salud total nunca ejerció acción de cobro a la empresa y además una vez se pagó el aporte, este fue recibido de manera satisfactoria entendiéndose esto como un allanamiento a la mora, lo que NO lo exonera de cancelarme dicha licencia de maternidad. **10.-** La entidad SALUD TOTAL no puede desconocer un derecho que se encuentra amparado constitucionalmente y que ha sido confirmado por el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y por los diversos pronunciamiento de la Corte Constitucional.”

## P R U E B A S

Con el memorial de solicitud de tutela la demandante aportó las siguientes:

1. Copia de formulario único de afiliación y registro.
2. Copia de la incapacidad entregada por la Clínica la Merced.
3. Certificado de incapacidad transcrita y recibida No P92668093.
4. Copia del correo enviado a la superintendencia de salud.
5. Respuesta enviada por la EPS Salud Total.
6. Listado de incapacidad de Salud Total.
7. Certificado de afiliación a la EPS Salud Total.
8. Copia de resumen de pago meses de junio a septiembre del 2020.
9. Copia del pago del mes de octubre del 2020.
10. Copia de mi cedula de ciudadanía.

## P R E T E N S I O N E S:

Con el memorial de demanda la actora solicita al Juez Constitucional la tutela de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, a la SALUD, a la VIDA DIGNA y a la SEGURIDAD SOCIAL, y que se ordene a SALUD TOTAL E.P.S., el reconocimiento y pago de su Licencia de Maternidad ya que según sentencias T-530 de 2007, T-136 de 2008, T-1223 de 2008, T-261 de 2009 la Corte Constitucional ha señalado los criterios que fundamentan el pago de licencias de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S) cuando haya retardo en los pagos de las cotizaciones.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Surtida la notificación del caso la accionada SALUD TOTAL E.P.S., contesta la tutela y manifiesta:

“... Una vez somos notificados de la presente acción de tutela, procedimos a realizar una auditoría del caso a través de nuestro EQUIPO MEDICO JURIDICO en aras de dar mayor claridad al Despacho y ejercer nuestro derecho de defensa en debida forma; las resultas de dicho estudio nos permiten informar que en el caso sub lite se dilucida con claridad una conducta TEMERARIA por parte de la extrema activa, toda vez que existe multiplicidad de peticiones tutelares en las cuales confluyen elementos tales como la identificación de la parte accionante y el motivo que dio origen a la presentación de la acción de tutela. Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de ya haber presentado tutela pretendiendo el reconocimiento de la prestación económica mencionada, la accionante vuelve y presenta acción de tutela solicitando lo mismo aun cuando ya se había fallado en su contra en derecho. Hay que tener en cuenta que a veces los derechos se ejercen aparentemente de acuerdo con las facultades que las normas jurídicas les otorgan a sus titulares, pero, precisamente, por esta situación de apariencia jurídica es que en ciertas ocasiones actos que están conforme a la ley han sido engendrados por voluntades que sólo tienen en mente intereses egoístas y móviles torcidos y fraudulentos ; frente a esto, el derecho debe ser realista y enfrentar la situación so pena de que fundamentándose en la conformidad del ejercicio del derecho con el texto de la ley, se promuevan actuaciones inmorales y maliciosas. En muchas ocasiones, un acto o hecho se encuentra conforme a la norma particular de la cual emana, pero tal conformidad no implica que en el ejercicio de la correspondiente prerrogativa se esté garantizando el respeto y el reconocimiento del espíritu general que inspira la legislación positiva. Ahora bien, en énfasis de lo expuesto líneas arriba, la conducta temeraria se configura a groso modo, cuando se instauran varias acciones de tutela edificadas sobre los mismos hechos, con identidad de partes y persigue una misma pretensión. La configuración de dicha conducta y su respectiva sanción, castiga el uso desmedido y arbitrario de la especialísima

acción de tutela, encontrando su respaldo normativo en el Artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, según el cual “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. Descendiendo al caso concreto, se requiere que el Despacho Judicial intervenga como garante de la ley y los principios constitucionales, a efectos de que el accionante no siga incurriendo en dichas conductas. **IMPROCEDENCIA DE TUTELA POR TEMERIDAD MANIFIESTA DEL ACCIONANTE:** Señor Juez, en el presente caso es dable considerar que estamos frente a una clara temeridad descrita en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, normativa que en aras de garantizar los principios de buena fe y economía procesal y, para evitar el uso desmedido de la acción de tutela, previó que era contrario al Ordenamiento Superior, el uso abusivo e indebido de la acción de tutela, que se concreta en la duplicidad del ejercicio de la acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto. Dispone, al respecto, la norma en cita: “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela se presente por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. (Negrilla fuera de texto). Se concluye, que dentro de este caso no se puede actuar en contravía de una decisión proferida por JUEZ CONSTITUCIONAL, en donde se ventilaron los mismos hechos por las mismas partes, dejando claro que, desconocer esto, sería VULNERAR FLAGRANTEMENTE NUESTRO DERECHO AL DEBIDO PROCESO que por ley nos asiste, razones más que suficientes para invocar la causal antes descrita. A pesar de todo lo anterior, es menester mencionar que la señora MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA, registra en nuestro sistema integral de información como cotizante dependiente con contrato vigente con la empresa CORPORACION Y SERVICIOS JCVR SAS, por consiguiente, su empleador es quien tiene el deber legal de pagar las prestaciones económicas que le corresponden frente a sus trabajadores para después repetir ante las entidades aseguradoras. Entonces, nos preguntamos: ¿Si la señora MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA, figura como empleada de la empresa CORPORACION Y SERVICIOS JCVR SAS, por qué no hace las reclamaciones directamente a su empleador, quien la tiene como afiliada activa a la EPS? Bajo ese sentido Señor Juez, se implora a su despacho, se sirva ordenar el pago de las prestaciones económicas reclamadas por la actora directamente a su empleador, quienes pueden en últimas solicitar el reembolso ante la EPS y no le afectan el mínimo vital a la protegida. Visto lo anterior, nuestra entidad no está llamada a resolver la petición que en la presente acción de tutela se formula, al ser directamente el empleador, quien satisfaga los presupuestos que motivaron la causa que nos ocupa, correspondiéndole y reconocer y pagar la licencia solicitada, razones por las cuales solicito se sirva DENEGAR la presente acción. **IMPROCEDENCIA DE TUTELA POR CULPA IMPUTABLE DIRECTAMENTE AL EMPLEADOR POR SER COTIZANTE DEPENDIENTE AL HABERSE GENERADO LA PRESTACIÓN- DE LA NATURALEZA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD:** Sea lo primero manifestar que la licencia de maternidad es una prestación económica que cubre a las madres cotizantes dependientes o independientes que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la ley 1822 de 2017., el cual expone: “Artículo 1°. - El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: “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 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 a de iniciarse dos semanas antes del parto.” Además, el artículo 2.1.1.3.1 del decreto 780 del 6 de mayo de 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad lo siguiente: “Artículo 2.1.1.3.1 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 corresponden al periodo de gestación. En los casos en que, durante el periodo de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones habrá lugar al reconocimiento 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 periodo de gestación. En el caso del trabajador independiente las variaciones en el ingreso base de cotización que excedan del 40% respecto del promedio de los 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”. (Negrillas y subrayas fuera de texto) Ahora bien, el artículo 24 del decreto 4023 de 2011 asigna a las EPS el pago de la licencia de maternidad que será realizado por la EPS ese directamente “a través del reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco días hábiles contados a partir de la autorización de la

prestación económica por parte de la EPS o EOC". Para la autorización y pago de la licencia de maternidad las EPS deben verificar la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud efectuada por la aportante beneficiaria de la misma. Una vez las EPS reconocen y pagan esta prestación económica el sistema general de Seguridad Social en salud retribuye el valor correspondiente a través de los recursos administrados por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud del ADRES en el régimen contributivo. A partir de la ley 1753 de 2015 se creó la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES encargada de administrar los recursos que hacen parte del ADRES. Al respecto el artículo 207 de la ley 100 de 1993 dispone que el cumplimiento de la obligación de reconocer y pagar la licencia de maternidad será financiado por el fondo de solidaridad y garantía y su subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, a través de Transferencias distintas a las que se realizan por concepto de UPC. El decreto 4023 de 2011 regula en detalle el modo en que las EPS cobran las licencias de maternidad y establece "que la licencia de maternidad y/o paternidad que las EPS y las EOC Cobra al ADRES, así como las correcciones o licencias aprobadas o glosadas se presentarán al ADRES el último día hábil de la tercera semana del mes. El ADRES Efectuará la validación para su reconocimiento dentro de las 24 horas siguientes a la fecha de la presentación". La fuente de los recursos de esta subcuenta es el monto resultante de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor reconocido a cada EPS de las unidades de pago por capitación, UPC. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadores dependientes, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquellas deben presentar ante el empleador un certificado médico en el cual debe constar a) el estado de embarazo de la trabajadora b) la indicación del día probable de parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos a reiniciarse dos semanas antes del parto. Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras independientes éstas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente a la EPS. Todo lo anterior a fin de manifestar en conclusión que el comportamiento de la empresas empleadoras resultan contrarios derecho en razón a que la accionante ostentaba la calidad de trabajadora dependiente cuando solicitó su licencia y en virtud de ello la licencia de maternidad debe ser pagada directamente por el empleador y posteriormente este último puede repetir contra la EPS; ya que la obligación de la empresa empleadora no se subsume únicamente en cotizar el sistema de Seguridad Social en salud sino que también está llamado a realizar el pago de estos emolumentos de índole laboral y con posterioridad realizar los trámites del recobro necesario lo cual no se ha efectuado. Señor Juez, dentro del presente caso le corresponde al empleador de la accionante cubrir las prestaciones acaecidas en virtud de lo pretendido, cumpliendo con el pago de sus obligaciones para su posterior solicitud de reembolso ante la EPS. IMPROCEDENCIA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. Señor Juez, es claro que frente al caso que nos ocupa se hace necesario que se DESVINCULE a SALUD TOTAL EPS-S S.A., por la luz de los hechos plasmados en la acción de tutela y su contestación dado que como lo hemos venido manifestando, corresponde a los empleadores, solventar los reclamos aducidos por la accionante. Con respecto al tema de la falta de legitimación en la causa como asunto de derecho sustancial dentro del juicio, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ha señalado en diferentes jurisprudencias: "Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo de forma adversa al actor. Si el demandante no es el titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor." (Subrayas y negrillas por fuera del texto original) A su turno, la misma Corporación enunciada anteriormente indicó que: "La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo". PETICIONES. 1. DENEGAR la acción de tutela por no existir vulneración de derechos fundamentales, dado que mi representada siempre ha autorizado todo lo que ha requerido el protegido conforme a lo que reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia, en razón a que tal y como se expuso dentro del caso, estamos ante una actuación TEMERARIA, en donde se configura el ABUSO DEL DERECHO y la vulneración a los principios de COSA JUZGADA y SEGURIDAD JURÍDICA. 3. DESVINCULAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A., por la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA que le asiste a mi representada de cara lo expuesto ut-supra. 4. REQUERIR al empleador a que cumpla con el pago de las prestaciones económicas reclamadas y ordenada, tal y como se expuso en la respuesta de marras. 5. REQUERIR a la accionante a que acuda ante la JUSTICIA ORDINARIA LABORAL, ante la falta del requisito de subsidiaridad en el presente caso."

Por su parte la convocada CORPORACION Y SERVICIOS J.C.V.R. S.A.S., no compareció al trámite.

El convocado JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS compareció al trámite y manifestó lo siguiente:

*“... La señora María Fernanda Ospino Santana presentó solicitud de acción de tutela, actuando a nombre propio y de su hijo menor de edad en contra Salud Total EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su hijo menor, mínimo vital, seguridad social en conexión con el derecho a la vida y licencia de maternidad, la cual fue repartida a este despacho el 25 de agosto de 2020, por la oficina judicial, a través del correo institucional, siendo admitida en la misma fecha, surtiéndose la diligencia de notificación a las partes, por haberse llenado los requisitos para ello. Así mismo, una vez llegado el término para proferir la respectiva sentencia, se advirtió que la entidad accionada Salud total E.P.S., a pesar de haber sido requerida, guardó silencio dentro del trámite constitucional, como además se vislumbró que dentro de las pruebas allegadas al expediente de tutela la actora, si bien aportó la historia clínica en la cual se constató que dio a luz a su hija y le fue concedida licencia de maternidad por el médico tratante, no aportó la expedición de la misma, ni su radicación ante E.P.S., desconociéndose la fecha de inicio y finalización, tampoco allegó las correspondientes planillas o certificación con los cuales demostrara haber realizado el pago de las cotizaciones, como también que haya presentado reclamo alguno ante la entidad accionada Salud Total E.P.S., razones estas en las cuales se fundamentó esta agencia judicial para despachar desfavorablemente la solicitud de tutela presentada por la accionante. Luego entonces, una vez proferido el respectivo fallo que negó las pretensiones de la accionante, se surtió las respectivas notificaciones de la providencia en mención.”*

### DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARANQUILLA, dispuso conceder el amparo solicitado y entre otras cosas manifestó:

*“... Para iniciar a desarrollar el análisis del presente caso procede el despacho a constatar si en el presente tramite se configura temeridad o cosa juzgada constitucional. Sea lo primero indicar que de la lectura de los hechos de la presente acción respecto a los enunciados en la anterior tutela, no existe identidad de hechos, primero porque emergen nuevos hechos en la presente acción, en esta oportunidad la accionante indica que presentó queja ante la superintendencia de salud, verificado en el portal de dicha entidad, se constata que dicha solicitud fue elevada el 12 de septiembre de 2020, es decir, con posterioridad al fallo emitido por el Juzgado Noveno penal municipal con funciones de garantía. Amén de lo anterior, el mencionado despacho procedió a declarar improcedente el amparo al existir orfandad probatoria respecto de los pagos de los aportes y constancia de radicación ante la EPS de la solicitud de reconocimiento de la licencia, por lo que considero que no se había agotado el trámite administrativo ante la accionada lo que generaba que el amparo fuera improcedente, así las cosas, no se emitió una decisión de fondo en el presente asunto. Por otro lado, se constata que persiste la vulneración de los derechos de la accionante y que se originaron nuevos hechos, por lo que hace viable que esta autoridad judicial se pronuncie al respecto. Al no encontrar acreditado ni temeridad o cosas juzgada constitucional. Ahora bien, teniendo en cuenta la normativa vigente, resulta necesario constatar en el plenario si los derechos fundamentales aludidos por la actora se encuentran conculcados. En la presente acción se encuentra acreditado el agotamiento del trámite administrativo ante la EPS accionada, de eso dan cuenta las documentales aportadas por la accionante. Sea lo primero señalar, que la parte actora no afirma ni informa si su empleador ha cancelado la licencia de maternidad, por su parte el empleador no rindió informe y la EPS accionada señala que quien debe efectuar el reconocimiento y pago es el empleador. Así las cosas, teniendo en cuenta que la vulneración se presenta cuando la madre no recibe el pago de su salario, en el presente caso se tendrá que la actora no ha recibido el pago del salario por lo cual se vio obligada a presentar el amparo constitucional. Ahora bien, teniendo en cuenta que el primer responsable del reconocimiento de dicha prestación económica está a cargo del empleador (para el caso CORPORACION Y SERVICIOS JCVR S.A.S., es dicha entidad la encargada de pagar a la actora la licencia de maternidad. Cosa distinta es la discusión o controversia que se genera entre el empleador y la EPS por el recobro de esos dineros, que en ningún caso puede ser trasladada a la trabajadora. Al respecto, es preciso señalar que las controversias generadas en relación al reconocimiento de las prestaciones económicas, la Ley 1122 de 2007, indica que dichas controversias se ventilan ante la Superintendencia Nacional de salud. Por lo tanto, en el caso sub- examine si existe una controversia entre el empleador y la EPS, la tutela no es el escenario para ventilar dicho asunto. No obstante, y como quiera que el no pago de la licencia afecta el mínimo vital de la actora, y como la Ley ha establecido que es el empleador el encargado del pago de la misma, pues es diáfano para esta*

agencia judicial sobre quien recae la responsabilidad. Así las cosas, se tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Por tal razón, se procederá a tutelar y se ordenará a CORPORACION Y SERVICIOS JCVR S.A.S para que en el caso que no le haya pagado la licencia a la accionante proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia a cancelar dicha licencia.”

## DE LA IMPUGNACION

Como fundamento de la impugnación, la vinculada CORPORACION Y SERVICIOS JCVR S.A.S., expreso lo siguiente:

“... Su Señoría, este debate jurídico ya había sido surtido ante el honorable Noveno Penal municipal con funciones de control de garantías, la cual era la misma accionante MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA contra la EPS SALUD TOTAL S.A., bajo el radicado T-0065-2020 la cual se declaró improcedente y no se hizo uso de los recursos de ley, inclusive dado que no fue impugnado, no se sabe hasta el momento si se está revisando esta acción ante la honorable corte constitucional. Señor Ad-Quem, si miramos u observamos la acción de tutela donde no se amparó el derecho, esto ante el Juzgado NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS y esta acción de tutela sujeta de Impugnación no se cumple con el requisito de procedibilidad del Juramento dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Su Señoría este requisito es para evitar que se induzca en error al juez de tutela cuando ya se ha presentado otra acción similar sobre los mismos hechos y fundamentos, razón legal esta que da lugar a fulminar con una declaratoria de nulidad o en su defecto declararla improcedente dado que no se agotaron los mecanismos ordinarios como son los recursos de ley. El representante legal por no encontrarse en la ciudad le fue imposible darle contestación a la presente acción de tutela su Señoría la cual esta empresa cumplió con hacer los cobros debidos y trámites correspondientes como empleador para el pago de esa incapacidad de licencia de maternidad. Este trámite fue adelantado de manera eficaz y dentro de los términos ante la EPS SALUD TOTAL, la cual se niega al pago por un atraso de dos días, pero esta recibió el pago moratorio y la cotización, entonces el requerimiento de mi poderdante es eficaz y lo que conlleva es que la entidad promotora de salud EPS SALUD TOTAL asuma el pago de dicha incapacidad y que por esta acción de tutela sea quien deba asumir el pago de la misma dado que ellos recibieron el pago y la mora de dos días y no advirtieron nada. Si miramos la licencia inicia del 26 de mayo del año 2020 hasta el 28 de agosto del año 2020 y dichos demás meses de cotización se hicieron dentro de lo normal y fueron recibidos por la entidad prestadora de ese servicio dándole aplicabilidad al artículo 121 del Decreto 019 de 2012. Sea lo primero señor AD-QUEM, que si se hizo el trámite para el pago de la licencia de maternidad, el servicio ante esa EPS está activo entonces a quien debe requerirse al pago de la misma es a la entidad promotora de salud y es esta que si presenta inconformidad actúa en un recobro al empleador en caso que la superintendencia de salud le dé la razón a la EPS. Es el mismo A-QUO en sus consideraciones quien manifiesta que la empresa hizo el procedimiento para el pago de tal licencia de maternidad y es la EPS SALUD TOTAL quien viola el procedimiento establecido en la ley 112 de 2007 la cual la controversia de pago ante la superintendencia Nacional de salud por lo tanto dicho hecho de tutela que es el de proteger al menor y la madre del menor esa decisión debe ser impuesta a la EPS SALUD TOTAL quien es la prestadora de tal servicio y que de acuerdo al estado por un retraso de dos días pero aceptaron los pagos sea excusa de sustraerse del pago legal de esta licencia de maternidad. Como el tema ha sido tratado por la Corte Constitucional en muchas ocasiones, para el efecto, se acudirá a la jurisprudencia que al respecto ha consolidado la Corporación, que alude a: (i) la naturaleza de la licencia de maternidad, (ii) al fenómeno del allanamiento a la mora por parte de la Entidad del Sistema Seguridad Social en Salud a la que se encuentra afiliada la materna y (iii) a los presupuestos de procedencia de la acción de tutela cuando por esta vía se solicita el reconocimiento y pago de esta prestación. Cotejados los anteriores presupuestos con la realidad procesal del caso concreto, se entrará a definir si la señora accionante tiene o no derecho al amparo solicitado y quién deberá asumirlo. La licencia de maternidad y su protección constitucional. Reiteración de Jurisprudencia. A voces del artículo 43 de la Constitución Política, la mujer durante el embarazo y después del parto, gozará de una especial asistencia y protección por el Estado, al punto que recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. La condición para esta protección, es decir la maternidad, que como es sabido abarca desde el inicio del embarazo hasta un periodo razonable después del parto, demuestra indudablemente que con ella también se busca en últimas salvaguardar la existencia y derechos de los niños, en este caso de los recién nacidos o que están por nacer, que por expreso mandato superior, han de prevalecer sobre los demás; por tanto, la afectación de esa protección, conlleva necesariamente a la de estos derechos que, se repite, son prioritarios. Uno de los mecanismos con que se procura efectivizar esta especial salvaguarda a la mujer, lo constituye la licencia de maternidad; figura consagrada por la ley que claramente involucra dos aspectos con los que se resguardan tanto la capacidad física como la laboral de la materna que por su condición, se ven notablemente disminuidas; así, se establece que toda trabajadora en estado de embarazo tiene

derecho a una licencia de 12 semanas de descanso en la época del parto y que éstas serán remuneradas con el salario que devengue al momento de entrar a disfrutarlo. Bajo este marco, la Corte ha precisado lo que en el ámbito constitucional es la finalidad u objeto de la licencia de maternidad como descanso remunerado, lo que ha expuesto en los siguientes términos: El permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida. Permitirte a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros meses, para así brindarle los cuidados necesarios, también para que pueda recuperarse de la etapa de gestación y para que se fortalezca la familia, pilar fundamental de la sociedad. Reconocer y pagar en favor de la madre, un descanso que le permita recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando. La finalidad de la licencia es proveer un descanso remunerado a la mamá en la época del parto y con posterioridad al mismo, para que se recupere físicamente y pueda atender sus necesidades básicas y las del recién nacido en las mismas condiciones que si se encontrara laborando, para lo cual es necesario que cuente con medios económicos. Los anteriores planteamientos también han llevado a la Corte a concluir que por estas condiciones, el subsidio económico de la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, cuando éste representa aquella porción de recursos absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social, que permitan una vida digna y justa, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral. Al respecto ha expresado la Corporación: la prestación económica derivada de la licencia de maternidad se convierte en un recurso necesario que debe recibir la mujer después del parto, razón por la que no puede estar supeditada a requisitos o formalismos que puedan alterar su naturaleza y fin último. Así pues, una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la licencia remunerada, la cual además de ser una prestación económica definida en la ley, hace parte del mínimo vital, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral. 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. En lo anterior puede evidenciarse, que el derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que en principio es de naturaleza prestacional, adquiere por conexidad el rango de fundamental cuando ésta reúne las características de ser un mínimo vital para la madre y su hijo, en razón de que se ven involucradas entidades de rango superior como son la subsistencia y vida en condiciones dignas para estas personas. Ahora bien, abordando sucintamente al tema de quién está obligado a efectuar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, se tiene que, en nuestro ordenamiento jurídico, la seguridad social en salud se concibe como un servicio público esencial y como servicio de interés público que está a cargo de particulares o del propio Estado. Su reglamentación básica está dada en el Decreto 806 de 19981 que, en consecuencia, obliga a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizadas para participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a garantizar la prestación de los servicios y a la realización de los beneficios que el mismo contempla. Al efecto, de manera expresa determina el artículo 20 de ese reglamento, que: "En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad Y a su turno, en el literal c) del artículo 28 del mismo Decreto, se concreta como beneficio a quienes se encuentren afiliados al régimen contributivo: "c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad." Se deduce de la citada normatividad, que para quien se encuentra vinculada al régimen de seguridad social en salud en virtud de cotizaciones al mismo, será la entidad prestadora del servicio a la que se encuentre afiliado a la que, en principio, le corresponde efectuar el pago en dinero del subsidio de maternidad, y así, solo será por específicas razones que esta obligación resulte trasladada a otros responsables. Como conclusión de todo lo anterior puede manifestarse que, atendiendo a la especial protección constitucional a la maternidad y al recién nacido, se instituyó el descanso remunerado en la época del parto, en el que debe pagarse a la madre trabajadora, por la entidad perteneciente al Sistema de Seguridad Social en Salud a la que se encuentre afiliada, un subsidio en dinero que equivalga a la remuneración laboral que ésta percibía antes de su estado de maternidad, por el tiempo que dura la licencia. Esta prestación hace parte del mínimo vital, cuando está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia y por lo tanto, su no pago vulnera el derecho a llevar una vida en condiciones de dignidad. Procedencia excepcional de la tutela para el pago de la licencia de maternidad. La Licencia de maternidad como derecho fundamental por conexidad. Requisitos formales de procedibilidad.

*Reiteración de jurisprudencia. Como se ha indicado en la consideración que precede, es en desarrollo de la protección especial que establece artículo 43 de la Carta Suprema a favor de la madre y del recién nacido que se consagra por la ley el pago a la mujer de un subsidio en dinero durante el tiempo establecido para la licencia de maternidad. Este derecho por su contenido económico, es de naturaleza prestacional y bajo este régimen, debe atenderse el énfasis que ha hecho la jurisprudencia al determinar que la tutela no procede para ordenar el reconocimiento y pago de una prestación de carácter económico, teniéndose que acudir en estos casos a los medios judiciales ordinarios de reclamación. No obstante, como en la misma actividad interpretativa de manera consistente se ha definido, cuando estos derechos llegan a adquirir el rango de fundamentales por conexidad al estar inescindiblemente ligados a otros de tal categoría que resulten vulnerados o amenazados por la omisión del pago, la controversia adquiere relevancia constitucional porque son fundamentales los derechos afectados, y allí la tutela procede para su amparo. Así, la prestación económica de la licencia de maternidad instituida en favor de la mujer y del recién nacido, puede adquirir el rango de derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida en condiciones dignas cuando representa un mínimo vital para el sustento de la madre y del menor y adicionalmente, con los derechos fundamentales de los niños a la salud y a la seguridad social, entre otros, dada la prevalencia constitucional de que éstos gozan al tenor del artículo 44 Superior, procediendo entonces la tutela para su protección, ya que de ser reclamados por otro medio de defensa judicial -acción laboral-, éste no resultaría eficaz para la protección del mínimo vital de la madre y del niño. Las anteriores circunstancias hacen de la viabilidad de la tutela para estas reclamaciones, una situación de carácter excepcional para la que la jurisprudencia constitucional ha expuesto abundante y reiterada doctrina en que se precisan las razones, condiciones y fundamentos de procedibilidad. Los aspectos básicos de la misma, se encuentran sintetizados en premisas expuestas inicialmente en la sentencia T-765 de 2000, y con posterioridad, en la T-1014 de 2003 en la que se adicionan con el compendio de algunas de las reglas que la casuística atendida por la Corporación ha permitido delinear para evaluar la procedencia de la tutela en un caso concreto, términos que en esta oportunidad se replican. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud - el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02, T-664/02). La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pago 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. Sentencias T.258/00 y T. 390101). Además, como antes se dijo, la empresa prestadora de salud tiene la obligación legal de informar al afiliado empleado cotizante, sobre el no pago de sus cotizaciones y de las consecuencias que ello acarrea. Sobre el tema y aún desde antes de la formalización de esa reglamentación, la Corte ha sostenido que los contratos de seguridad social conllevan como presupuesto inescindible el principio de continuidad, el que puede ser afectado cuando el beneficiario no cotiza oportunamente debido, porque su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que los reglamentos, por tal causa, no le obliguen a satisfacer la prestación debida. Pero sobre esta excepción ha advertido la Corporación, que no puede hacerse uso para suspender los servicios cuando además de que el beneficiario no es el encargado de hacer los descuentos para pagar a la entidad prestataria de salud, se incurre por el obligado en mora en su cancelación y la EPS se allana a la misma al recibir la suma debida, por cuanto habría violación del principio de buena fe que cobija al afiliado en la ejecución de ese contrato, y por ello, si no le comunicaron a éste las anomalías de su estado de afiliación y no se ejercieron las medidas para contrarrestarlas, no puede la EPS oponer tal excepción intempestivamente para sustraerse a su obligación. Es en este sentido entonces, que ha sido consistente la aplicación por la Corte de la tesis del allanamiento a la mora patronal por parte de la EPS y del respeto al principio de la buena fe en la correcta ejecución del contrato que asiste a la afiliada por quien es el patrono et que paga las cotizaciones, para desestimar la exculpación de contrato no cumplido dada por la entidad del sistema para negarse al pago de la licencia de maternidad a causa de una tardía o irregular cancelación en las mismas, ordenando a estas entidades el reconocimiento y pago de su importe. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad perteneciente al Sistema de Seguridad Social en Salud, pueda ejercer las acciones correspondientes para cobrar al empleador los intereses moratorios correspondientes, esta es la llamada a cancelar dicha licencia de maternidad. Por lo anteriormente expuesto su Señoría solicitó: 1.- Se revoque el fallo y se ordene a pagar a la entidad promotora de SALUD TOTAL EPS la licencia de maternidad, dado que ella se le hicieron los aportes y estos fueron aceptados en su totalidad sin que la EPS haya justificado su actuar. 2.- Por otro lado, su Señoría de acuerdo al procedimiento de acción de tutela puede estar generada una nulidad dado que esta acción fue ya incoada y desatado el mismo tema sin hacer uso de los mecanismos ordinarios de dichos recursos.”*

## PROBLEMA JURIDICO

Analizados los presupuestos fácticos y las documentales que sirven de prueba en el concreto, surge un interrogante así:

¿La negativa de la Entidad de Seguridad Social SALUD TOTAL E.P.S., de pagar la Licencia Maternidad de la accionante, compromete sus derechos Constitucionales Fundamentales al MÍNIMO VITAL, a la SALUD, a la VIDA DIGNA y a la SEGURIDAD SOCIAL de la accionante?

¿Se encuentran en el caso concreto comprometidos los derechos constitucionales fundamentales de la actora?

## MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Las controversias surgidas entre los usuarios y las EPS, por la negativa de las Empresas de Seguridad Social de pagar las Licencias de Maternidad, se regulan aplicando las Normas contenidas en los decretos 806 de 1998 y 047 de 2000, además de los fallos en revisión proferidos por la Honorable Corte Constitucional, en ejercicio de su labor hermenéutica de definir el contenido y alcance de los derechos Fundamentales con observancia de la Constitución y la ley.

## CONSIDERACIONES

Conforme a lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1.991, en armonía con el Decreto 1382 de 2.002, este Despacho es competente para conocer de la presente impugnación de fallo de tutela.

La acción de tutela consagrada en el Artículo 86 Superior es un mecanismo procesal de indiscutible importancia y profundo significado en el diario vivir de la persona humana.

La presente acción Constitucional se halla adecuada para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales y la dignidad humana, siempre que se encuentren amenazados o conculcados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos de ley.

## LA ACCIÓN DE TUTELA Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale la ley. Por ello, quien vea amenazado o vulnerado un derecho constitucional fundamental podrá acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

En ese sentido, se puede observar la relevancia que tiene, para la realización de lo dispuesto por la Constitución, la labor del juez de tutela quien debe verificar la efectiva vulneración o amenaza del derecho fundamental de los accionantes, para luego establecer si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto. Si no se dispone de dicho mecanismo procesal, deberá darse curso a la acción de tutela. Por el contrario, si existe una vía de defensa judicial, deberá considerar, frente a las circunstancias del caso, su eficacia para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues esta condición será la que lo faculte como juez constitucional para decidir de fondo en el asunto puesto a su conocimiento.

Al respecto, la Corte ha señalado que *“para los efectos de establecer cuando cabe y cuando no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, para verificar sí, por sus*

*características, el caso materia de estudio puede ser resuelto en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o sí a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”.*

### LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

En virtud de lo dispuesto en los artículos 1º numeral 12 y 5º numeral 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades públicas, que atenten contra los derechos fundamentales de las personas.

### DE LA TRASCENDENCIA IUSFUNDAMENTAL DEL ASUNTO

En cuanto a este presupuesto de procedibilidad, la Corte ha señalado que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental

### SUBSIDIARIEDAD

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues la acción de tutela no puede desplazar los mecanismos judiciales previstos en la regulación ordinaria.

### INMEDIATEZ

La jurisprudencia ha considerado que debe existir un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos para que los ciudadanos recurran a la tutela como mecanismo para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

### DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

De esta forma, para que proceda el amparo derivado del ejercicio de la acción de tutela, en los eventos en que el reproche del interesado recae sobre la actividad judicial, debe acreditarse que al interior del proceso el interesado agotó los recursos y facultades con que contaba, no obstante lo cual persiste la violación de sus derechos fundamentales, que la acción se formula dentro de un término prudente de manera que, *de un lado se conserven los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica* y, de otro, el despliegue del aparato judicial no resulte inocuo en la medida en que sea posible otorgar un amparo inmediato y eficaz frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, y que la actividad del juez se enmarca dentro de una de las causales específicas de procedibilidad previamente citadas.

### DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras.

La forma más común de identificar la seguridad social es mediante las prestaciones y la asistencia médica, sin embargo, esas son solo algunas de las formas en las que se presenta en la vida cotidiana. En los hechos, la seguridad social también se encuentra en los actos solidarios e inclusivos de las personas hacia los demás, pues esos actos llevan en sí mismos la búsqueda del bienestar social.

En la actualidad, existe un consenso internacional respecto a la consideración de la seguridad social como un derecho humano inalienable, producto de casi un siglo del trabajo mancomunado de organismos internacionales relevantes, como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas, e instituciones supranacionales, como la Asociación Internacional de Seguridad Social, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social.

Por último, cabe señalar que la seguridad social es mencionada como un derecho en la Carta Internacional de Derechos Humanos, donde claramente se expresa en su artículo 22 lo siguiente:

*“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”*

### DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana y que es especialmente relevante cuando su titular es una persona de la tercera edad.

La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas.

Los requisitos para la obtención de la sustitución pensional, en los casos en que el beneficiario sea el hijo inválido son: *i)* que se haya generado la muerte del pensionado, lo cual se demuestra con la fotocopia auténtica del registro civil de su defunción, *ii)* la dependencia económica del beneficiario con el fallecido, mediante prueba que permita inferirlo, *iii)* que el eventual beneficiario sea invalido, aportándose la calificación de su invalidez, y *iv)* el parentesco, el cual se puede acreditar mediante el registro civil de nacimiento del eventual beneficiario en el que se registra la relación de filiación entre el hijo inválido y el causante, el cual goza de presunción de autenticidad y pureza en su contenido, ya que la única forma de alterarlo es mediante decisión judicial en firme o por disposición de los interesados de conformidad a lo establecido por la ley.

El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que, si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población.

En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un “trato especial” en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

### DEL CASO CONCRETO

Según los antecedentes narrados en este asunto la actora invoca la Protección Especial a la mujer lactante, por la negativa de la accionada SALUD TOTAL E.P.S., en pagarle la prestación derivada de la maternidad.

Ante los hechos expuestos, vemos que la accionante en el memorial de impugnación sostiene en términos generales, que la accionante pagó los aportes a seguridad social en forma extemporánea y que el derecho al pago de su licencia de maternidad debe ser cancelada en un 100% por parte de la accionada.

La Constitución Política de 1991, estableció una protección especial para un cierto grupo de personas por su manifiesta debilidad en la sociedad como son los Niños, las Personas de la Tercera Edad y **las Mujeres en Estado de Embarazo** para quienes la protección no solo se extiende durante su periodo de gestación, sino además se prolonga después del parto y una de sus manifestaciones contenidas en la ley es el pago de la Licencia de Maternidad para que en los primeros días de vida de la persona la madre pueda prodigarle al recién nacido el amor y los cuidados necesarios.

Según la Jurisprudencia Constitucional 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 pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.”

No obstante, tratándose de controversias suscitadas por el pago de acreencias por LICENCIA DE MATERNIDAD la Jurisprudencia ha sido clara en sostener que la procedencia de la acción de tutela es excepcional para exigir el pago oportuno de dicha acreencia y solo es viable en aquellos casos en que con el no pago se afecta el Mínimo Vital de la Madre y el Niño, por cuanto, la Licencia de Maternidad es un derecho de carácter legal, que bien puede reclamarse a través de otro medio de defensa judicial en la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-158 de 2001 reiterando la tesis en este sentido sostuvo que:

*“a) Si bien el artículo 43 de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental por conexidad con otros derechos como la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebe. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieren categoría ius fundamental. Sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999.*

*b) El derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido. Sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999,*

*c) En virtud de lo anterior, el pago de la prestación económica debe discutirse ante la jurisdicción ordinaria competente, salvo si existe afectación del mínimo vital, en cuyo caso, adquiere competencia la jurisdicción constitucional.*

*d) En aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital.”*

Respecto del derecho al MÍNIMO VITAL tenemos que ha sido la Alta Corporación Constitucional en su labor hermenéutica quien ha desarrollado la tesis del mínimo vital desde la base que ante la urgencia de la protección por la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la persona la acción de tutela es procedente.

Reexaminada la normatividad aplicable para el caso concreto, con los antecedentes narrados por la actora y las pruebas documentales aportadas, se observa que la ciudadana ha realizado los aportes al sistema general de seguridad social en salud, como afiliada a SALUD TOTAL E.P.S., en calidad de trabajadora dependiente, cumpliendo con el requisito legal para acceder a la prestación por Licencia de Maternidad.

Por otra parte, ha sostenido la Alta Corporación Constitucional que el no pago de la Licencia de maternidad presume la afectación del Mínimo Vital de la madre y el niño, pues la protección que se procura con la Licencia de Maternidad va dirigida a favorecer a la mujer en el embarazo y después del parto y enfatiza el cuidado que debe darse al recién nacido.

Es así como en lo referente al pago completo o proporcional de la licencia de Maternidad según las semanas cotizadas durante el período de gestación ha reiterado la Jurisprudencia que:

*“...Respecto al amparo de los derechos cuando se niega el Reconocimiento y Pago de la Licencia de Maternidad, la Corte Constitucional ha considerado que debe ser cubierta en forma total o proporcional, dependiendo de las semanas cotizadas durante el período de gestación. ...”*

Así se pronunció en sentencia T- 136 de 2008 (febrero 4) M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, especificando dos situaciones con sus consecuencias:

*“...concluyó que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad.”*

*“La regla contigua indica que la madre en estado de embargo que no cotice al sistema por un periodo mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tienen derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.”*

De tal forma en la Sentencia T- 530 de 2007 la Corte Constitucional articuló las posiciones jurisprudenciales referidas mediante la definición de las reglas citadas y expuso: (...) *la sala encuentra probado lo siguiente:*

*i) En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de revisión tomará dos tipos de decisión, así:*

*a) En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestión, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).*

*b) En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas. (...).”*

*En tal sentido, esta Sala de revisión ordenará que se tenga un plazo de dos meses para que se inapliquen los requisitos del régimen y en tal sentido ordenar el pago total de la prestación, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las madres en estado de gravidez, que dan a luz un hijo, y de los menores recién nacidos.*

*En la misma línea, y con el fin de mantener el equilibrio del sistema, si se superan dos meses sin cotizar por parte de la madre durante su embarazo, la tesis se inclinará hacia la proporcionalidad del pago de la licencia de maternidad, con el objeto de lograr bilateralmente una solución que permita tanto a la madre y al menor la subsistencia económica y la protección de su derecho al mínimo vital, sin que el sistema de salud retenga dineros que han sido cotizados por la afiliada, y por otra la compensación del sistema para que éste no se obligue a hacer erogaciones de dineros que no ha percibido.”*

En este orden de ideas vemos que la petente de tutela con el memorial de demanda acredita que es afiliada a SALUD TOTAL E.P.S. Además, puede concluirse, como buen lo dijo el A-quo, que, al momento de la fecha parto, es decir 25 de mayo de 2020, la accionante contaba con dos (02) años once (11) meses de cotizaciones, es decir contaba con el termino para obtener el pago de la licencia de maternidad, conforme a lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016.

Sobre el reconocimiento y pago de la Licencia de Maternidad, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012 señala: “El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, E.P.S. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.” Subrayas del Despacho.

Es claro que le corresponde al empleador pagar a la empleada (accionante) la licencia de maternidad, sin que la empleada tenga otra obligación distinta que reportar la novedad al empleador, el cual debe gestionar la devolución ante la E.P.S. accionada.

En ese sentido, este Despacho, teniendo en cuenta lo manifestado en el fallo impugnado, confirmará el mismo, teniendo en cuenta la normatividad vigente y la jurisprudencia de nuestra alta corte, al encontrarse demostrado que ha efectuado los aportes a la Seguridad Social en Salud.

Lo anterior en atención a que por el sólo hecho de tratarse la mujer de una persona que es gestadora de vida, nos encontramos ante un ser que merece especial protección no sólo por parte del Estado, sino también por toda la sociedad. No puede ser posible que una mujer, por el hecho de ser madre, sea desprotegida totalmente al verse privada de su mínimo vital.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

## RESUELVE

Primero. Confirmar en todas sus partes el fallo de tutela de fecha noviembre 03 de 2020, proferido por el JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, dentro de la presente solicitud de ACCIÓN DE TUTELA radicada bajo el No. 080014189003202000455-01 incoada en nombre propio por la señora MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.143.143.794 de Barranquilla contra SALUD TOTAL E.P.S., a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Notificar a las partes intervinientes, al Defensor del Pueblo Regional y al Juez A-quo, por el medio más expedito y eficaz.

REFERENCIA. 080014189003202000455-01.  
PROCESO. ACCION DE TUTELA (IMPUGNACION).  
ACCIONANTE. MARIA FERNANDA OSPINO SANTANA.  
ACCIONADO. SALUD TOTAL E.P.S.  
VINCULADOS. CORPORACION Y SERVICIOS J.C.V.R. S.A.S. Y JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS.

---

Tercero. Dar cumplimiento al numeral 5º del fallo impugnado.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Firmado Por:

**CLEMENTINA PATRICIA GODIN OJEDA**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 09 DE CIRCUITO CIVIL ORAL DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA-ATLANTICO**

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: **2051430e4f2f489d9f7749d6504edef383c8d5f8fdc4d4e390f5317c8133d724**

Documento generado en 15/01/2021 10:04:04 AM