



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, veinticinco (25) de octubre del dos mil veintitrés

1. ASUNTO A DECIDIR

MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la **EPS SALUDTOTAL**, vinculándose de oficio a la **ADRES Y PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS**, con el objeto de obtener el amparo judicial de su derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social, vida digna y salud.

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso la actora, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, que se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de SALUD TOTAL EPS, como cotizante.

Señaló que el 18 de junio del 2023 dio a luz a su hija, certificándose el comienzo de la licencia de maternidad, sin que se le haya cancelado la correspondiente prestación, circunstancia que considera es vulneradora de sus derechos a la vida digna y mínimo vital, como que depende de esos dineros para su sustento, generándose una afectación gravísima a su mínimo vital y los inherentes a su hija recién nacida, toda vez que su salario es su único sustento.

1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos solicitó la promotora se protejan sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna, vulnerados por la EPS Salud Total, y se ordene a la entidad en tutelada el reconocimiento y pago de los 126 días de licencia de maternidad.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 11 de octubre del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, vinculándose de oficio a la ADRES Y PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar



con el fin que las autoridades accionadas se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, y ejercieran su derecho de defensa y contradicción, con apego al trámite previsto en el Decreto 2591 de 1991.

1.4. Manifestaciones de la accionada.

➤ ADRES

Manifestó que de acuerdo con la normativa, el reconocimiento de la licencia de maternidad no está en la esfera de competencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES y la gestión de licencias le corresponde ser asumidas por la EPS en el marco de su función de aseguramiento en salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Precisó que el reconocimiento de una licencia de maternidad es de índole eminentemente económica y la competencia para su reconocimiento o desaprobación dado el incumplimiento de la inmediatez, en principio no estaría en cabeza del Juez Constitucional y si en la del Juez laboral, por esta razón, el presente asunto no cumple con el principio de subsidiariedad y debe ser resuelto por la jurisdicción correspondiente, pues de acuerdo al escrito de tutela y el material probatorio, no se observa la existencia de un peligro, daño o perjuicio inminente, grave y urgente, es decir no se configura un perjuicio irremediable a la accionante con la falta de pago de su licencia de maternidad, siendo el camino idóneo para su debate, el proceso ordinario.

Por lo anterior, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir con el principio de subsidiariedad e inmediatez y contener pretensiones económicas. Así mismo, solicitó negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

➤ EPS SALUDTOTAL.

Advirtió que llama poderosamente la atención, que el extremo activo no dirija sus pretensiones en contra de su empresa empleadora, como que ni siquiera la menciona, dado que lo regular es que el trabajador presente su incapacidad ante su empleador para



que este pague periódicamente como es lo normal la prestación económica.

Que la señora MORENO CARVAJAL inició su contrato laboral en período gestacional con la empresa PROYECTO DE TRANSPORTES S.A.S, con un incremento del 100% del Ingreso Base de Cotización, como si fuera pensionada para no pagar pensión, evidenciando un vínculo laboral irregular e incremento injustificado del Ingreso Base de Cotización, circunstancia por la que se están adelantando las correspondientes indagaciones con el firme propósito de evitar fraudes al sector salud.

Informó que se realizó validación de la afiliación de la protegida, MARÍA FERNANDA MORENO CARVAJAL, quien se halla en la compañía desde el 26 de octubre del 2019, y presenta un contrato con el empleador, objeto de la prestación, con fecha de inicio noviembre 3 de 2022, actualmente vigente.

Que se pudo establecer que el empleador PROYECTOS DE TRANSPORTES SAS ha realizado aportes por la protegida con subtipo de cotizante 04, con requisitos cumplidos para pensión y subtipo 12 Conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros, en vehículos taxi. No obligado a cotizar a pensión, los cuales son todos utilizados para evadir aportes a pensión.

Que se estableció de igual manera que el empleador PROYECTOS DE TRANSPORTES SAS también realizaba esta práctica con otros usuarios bajo su dependencia al generar pagos con subtipo de cotizante 04 Cotizante con requisitos cumplidos para pensión y subtipo 12 Conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi. No obligado a cotizar a pensión, los cuales son todos utilizados para evadir aportes a pensión.

Por lo que conforme lo anterior, deberá entonces decirse que, para el caso en concreto, la accionante NO presenta las NOVEDADES en sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que por ende su único ingreso base de cotización es el SMLV.

Advirtió que si esa entidad accede al reconocimiento de licencias de maternidad como es el caso, sin que se cumplan los requisitos legales se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos.

Solicitó se DENIEGUE por improcedente la acción de tutela, ya que se ha comprobado que SALUD TOTAL EPS-S S.A. en ningún momento ha vulnerado o pretendido vulnerar algún derecho fundamental de este mismo, señalando que la petición del accionante se fundamenta en una controversia de derechos de origen económico, no



susceptible de ser amparados mediante la acción de tutela y ante la existencia de otros mecanismos de defensa de sus intereses.

➤ PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS

Debidamente notificado, guardó silencio sobre los hechos de la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Esta Corporación ha manifestado, que la acción de tutela como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, procede solo en los casos que señale la ley, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia, pues la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

Así mismo, ha señalado que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable”. (comillas y cursiva fuera del texto original).¹

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.²

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-951 del 9 de septiembre de 2005. M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO.

² Corte Constitucional. Sentencia T-526/19



La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

“(…) 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los “principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital”.

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una “protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores”, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto.

Esta Corporación al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:

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

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que “dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”.

Esta prestación cubre a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.



El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

“Artículo 1º. 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. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

CASO EN CONCRETO

En el caso bajo estudio la accionante **MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL** solicitó se protejan sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna, vulnerados por la EPS Salud Total, y se ordene a la entidad en tutelada el reconocimiento y pago de los 126 días de licencia de maternidad.

En el asunto bajo estudio debe el Despacho determinar entonces, en primer lugar, si se reúnen a cabalidad los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela para reclamar el pago del reconocimiento económico derivado de licencia de maternidad otorgada a la accionante. De ser ello afirmativo, se analizará si el amparo rogado debe conceder y bajo qué términos debe emitirse la orden de protección correspondiente.

Para resolver el primero de los interrogantes es necesario recordar que en materia de reconocimiento y pago del auxilio económico derivado de la licencia por maternidad, la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela no resulta procedente en la medida en que existen mecanismos idóneos dispuestos por el legislador para tal fin, como la ordinaria laboral derivada de la regla de competencia del numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo.

En todo caso, pese a la existencia del mecanismo ordinario antes descrito, excepcionalmente se ha admitido la procedencia de la acción de tutela cuando se verifique la concurrencia de los siguientes elementos: **«primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo, la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está

ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna» (T-368 de 2009, reiterada en sentencia T-278



de 2018).

Respecto del segundo de los requisitos ha dicho igualmente el Alto Tribunal que: «en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia.» (Subrayas son nuestras) (T-278 de 2018).

Conforme lo anotado, y para dar respuesta al primero de los interrogantes propuestos, el Despacho encuentra que el estudio de fondo del amparo constitucional rogado resulta procedente, en la medida en que se cumplieron a cabalidad los requisitos de procedibilidad de la acción a los que se ha hecho alusión en líneas previas: la acción fue interpuesta en el término señalado y no existe en la actualidad un mecanismo, distinto a la acción laboral, que resulte idóneo para resolver de fondo la reclamación aquí planteada, dada la acreditación de la vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante, trabajadora quien tiene a su cargo a su hija menor de edad.

De las pruebas aportadas se observa que a la accionante le fue concedida licencia de maternidad a partir entre el 18 de junio y el 21 de octubre del 2023, por SALUDTOTAL EPS, advirtiéndose que ha realizado aportes al SSGS de forma ininterrumpida, a través de la empresa PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS, a partir del mes de diciembre de 2022 con un IBC inicialmente de \$1.866.667, finalizando con un IBC de \$2.320.000 durante septiembre del año en curso, por lo que se encuentra causado el derecho al reconocimiento de su licencia de maternidad al menos en forma proporcional a las semanas cotizadas tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional así:

“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”.³

³ Sentencia T-503 de 2016.



Por otra parte, atendiendo el reparo realizado por SALUDTOTAL EPS en cuanto a que no otorga el pago de la licencia de maternidad toda vez que si accede al reconocimiento de la licencia de maternidad como es el caso sin que se cumplan los requisitos legales se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1 Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

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

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”

Por lo que, si bien es cierto se observa de las pruebas aportadas, existe un incremento en el IBC de la promotora, este no supera el 40% respecto del primer mes de cotización, dado en diciembre del 2022, por valor de \$1.866.667, como que el último correspondiente al mes de septiembre del año en curso tiene un IBC de \$2.320.000, por lo que ello no puede ser óbice para que SALUDTOTAL EPS niegue el pago de la licencia de maternidad, más aún, teniendo en cuenta que son las autoridades administrativas y penales quienes deben adelantar las acciones correspondientes para verificar si existió alguna práctica ilegal por parte del empleador como lo aduce la accionada en el incremento de las cotizaciones realizadas y si estos se hacen con el objetivo de evadir pagos de pensión.

En consecuencia, se ordenará al Gerente y/o Representante legal o a quien haga sus veces de **SALUDTOTAL EPS** para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas



siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, **RECONOZCA Y PAGUE** a la señora MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL, a través de su

empleador PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS la licencia de maternidad otorgada por el lapso comprendido entre el 18 de junio y el 21 de octubre del 2023, conforme fue ordenado por el médico tratante.

Para finalizar, se desvinculará del presente trámite a la ADRES y la empresa PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS por no avizorarse responsabilidad de su parte.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE PIEDECUESTA SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de **MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL**, identificada con la cédula de ciudadanía 1.005.541.351 por las razones anotadas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Gerente y/o Representante legal o a quien haga sus veces de **SALUDTOTAL EPS**, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, **RECONOZCA Y PAGUE** la licencia de maternidad concedida a la señora **MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL**, a través de su empleador PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS causada por el lapso comprendido entre el 18 de junio y el 21 de octubre del 2023, conforme fue ordenado por el médico tratante.

TERCERO: DESVINCULAR del presente trámite a la ADRES y la empresa PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS, por lo expuesto anteriormente.

CUARTO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Artículo 30 del decreto 2591 de 1991, el cual podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia.

QUINTO: ADVERTIR que el incumplimiento de lo aquí ordenado acarreará la iniciación de los procedimientos sancionatorios de desacato, conforme los lineamientos contenidos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
RAD.685474046002-2023-00137
ACCIONANTE: MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS y vinculado de oficio LA
ADRES Y PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS.

SEXTO: ENVIAR el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO
JUEZ.