



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA N°186

Santiago de Cali, catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela propuesta por la señora MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA en contra de la E.P.S EMSSANAR S.A.S, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental al mínimo vital.

II.- ANTECEDENTES

A.- HECHOS

1.- Manifiesta la accionante en su escrito, que está afiliada a EMSSANAR EPS desde el 19 de septiembre de 2022.

2.- Que el 14 de abril de 2023 nació su hija y le otorgaron la licencia por maternidad desde el 14 de abril al 17 de agosto de 2023, por lo que solicitó el pago a la EPS EMSSANAR, entidad que lo negó por cotizaciones extemporáneas.

B.- PRETENSION DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante se ordene a la E.P.S EMSSANAR, que reconozca y pague la licencia de maternidad que le fue otorgada por el nacimiento de su hija.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto del 2 de agosto de 2023, este despacho admitió la presente acción de tutela, ordenando en consecuencia oficiar a la entidad accionada y vinculada, para que en el término de dos días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación de la DISTRIBUIDORA METRO HOGAR S.A.S,



D.- RESPUESTA DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

EMSSANAR EPS manifiesta que: *"a través del sistema BOXALUD, se genera la parametrización para dar cumplimiento efectivo a la norma citada con anterioridad, razón por la cual, en el sistema se genera RECHAZO AUTOMÁTICO al encontrar que el pago realizado por el aportante (dependientes e independientes) se efectuó por fuera de la fecha límite de pago estipulada en el Decreto 1990 de 2016. Aunado a lo anterior, la norma citada contempla que se tenga en cuenta los dos últimos dígitos del NIT o de la Cédula del aportante, por lo cual para el caso en concreto es 87, por lo cual, teniendo en cuenta la gráfica anterior, se debió pagar la seguridad social de la señora RODRIGUEZ ANDUEZA el TERCER día hábil de cada mes. Teniendo en cuenta que la accionante es trabajadora dependiente*

De esta manera, se procede a verificar los pagos a favor de la señora RODRIGUEZ ANDUEZA y se puede evidenciar que se hicieron los pagos extemporáneos (...)

Mes de abril de 2023: Se debía realizar el pago hasta el día 5 de Abril y se realizó el pago el 19 de Abril de 2023, teniendo en cuenta que la señora RODRIGUEZ ANDUEZA es trabajadora dependiente.

SE AÑADE A SU VEZ, QUE LA SEÑORA MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA SOLO REALIZÓ EL PAGO DE 6 MESES DENTRO DEL PERIODO DE GESTACIÓN Por lo cual, la licencia de maternidad deberá ser reconocida por el aportante al no cumplir con el deber de realizar las cotizaciones en el tiempo máximo estipulado en el artículo 2.2.3.2.1. Del Decreto 1427 de 2022.

DISTRIBUIDORA METRO HOGAR S.A.S, no contestó la tutela.

III.- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta instancia determinar, si bajo las circunstancias expuestas por MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA, resulta procedente la tutela para ordenar efectivizar el pago de su licencia de maternidad, en caso de serlo se procederá a

establecer si se vulneró su derecho al mínimo vital por parte de la E.P.S EMSSANAR, por cuenta de no haber reconocido y pagado oportunamente esa prestación.

IV- CONSIDERACIONES

A.-COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B.- MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

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

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."

En consonancia con lo anterior, 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 lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

"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".¹

C.- CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al

¹ Sentencia T 506/2019 M.P. Dr Alberto Rojas ríos.



alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que en tratándose de reclamación del pago de licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha fijado un plazo máximo de un año contado a partir del nacimiento del hijo de la accionante; existe igualmente, legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la accionante MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA, solicita que se ordene a la EPS EMSSANAR, que realice el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad otorgada por su médico tratante desde el 14 de abril al 17 de agosto de 2023 radicada oportunamente para su trámite ante la accionada.

Por su parte la EPS EMSSANAR, afirma que la licencia de maternidad no se ha reconocido, toda vez que el empleador realizó el pago extemporáneo del aporte del mes de abril de 2023, pues debía hacerlo el 05/04/2023 y pagó el día 19/04/2023.

Así las cosas, podemos afirmar que la presente tutela encuentra sustento en el no pago de la licencia de maternidad, resultando diáfano que el uso de esta prerrogativa constitucional es para la consecución de prestaciones económicas derivadas de una actividad laboral, problemática que en principio no puede debatirse en sede constitucional, como quiera que esta cuenta con el escenario natural para ello, justamente en la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Sin embargo, someter esta cuestión a dicho trámite sería desconocer las calidades de la accionante y del menor como sujetos de especial protección constitucional y la prevalencia que tienen los derechos de la madre y el niño, se desdibujaría además el objetivo de licencia de maternidad como un mecanismo que en ese periodo de tiempo garantiza los alimentos y el cuidado al menor, entendido bajo el cual podemos decir que la falta de acceso a la licencia reclama permite presumir la afectación del mínimo vital, máxime aun si se tiene en cuenta que han pasado casi 4 meses desde su otorgamiento.

Atendiendo entonces a los preceptos establecidos por el Máximo Tribunal Constitucional en sede tutela, el



pago extemporáneo de los aportes, alegado por la EPS accionada, no es razón suficiente para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, máxime cuando solo se reputa uno efectuado por fuera de término, que corresponde precisamente al del mes del parto.

Debe tenerse en cuenta, además, que la actora es enfática en afirmar que depende exclusivamente de su salario para solventar sus necesidades básicas haciendo un gran esfuerzo para pagar sus aportes a la seguridad social, manifestación que en ningún momento fue controvertida por la accionada quedando amparado por la presunción de veracidad, según lo posibilita el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, circunstancia que refuerza la conclusión del juzgado en cuanto al acaecimiento de la vulneración del derecho fundamental invocado.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el precedente constitucional establece respecto al tiempo de cotización durante el período de gestación que: *"Teniendo en cuenta 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, este Tribunal ha señalado dos hipótesis fácticas que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad, dependiendo del número de aportes realizados. La primera hipótesis, señala que: "cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad." Por su parte, la segunda hipótesis señala que: "cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó"*

Siendo de esta manera las cosas, se ordenará a EMSSANAR EPS el pago proporcional de la licencia de maternidad a la señora MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA atendiendo a que durante el tiempo de gestación dejó de cotizar más de dos meses según las planillas de pago de los aportes que aportó con la tutela.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a EMSSANAR EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, realice el pago proporcional de la licencia de maternidad que le adeuda a la señora MARIA VICTORIA RODRIGUEZ ANDUEZA.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

CUARTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, ENVIAR a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

QUINTO: ARCHIVARSE el expediente en su oportunidad

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad 2023-186-00