

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 057 2021 01101 00

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES

1. La señora Yineth Dahianna Romero Bonilla presentó acción de tutela en contra de la E.P.S Salud Total, manifestando vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad y, seguridad social.

Como elementos fácticos de su accionar, de manera concreta manifestó en el año 2020 estando afiliada a la entidad accionada se enteró sobre su estado de gestación, por lo que, comenzó con todos los cuidados y controles médicos prenatales dispuestos por la red de prestadores del servicio de salud determinado por la accionada, incluso hasta el día del parto que fue el 7 de enero de 2021.

Con el nacimiento de su hijo le otorgaron la licencia de maternidad por ser cotizante en el Sistema de Seguridad Social, la cual radicó ante la E.P.S accionada para el trámite de autorización y pago, sin embargo, la misma no ha sido cancelada *“...llevándonos a vivir una situación indescriptible por no recibir ingresos”*.

Debido al no pago de la licencia de maternidad presentó un derecho de petición y una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, de la cual obtuvo la siguiente respuesta *“...de acuerdo con la fecha de pago para el mes de diciembre de 2020, se encontró pago extemporáneo según planilla # 51560197 con fecha de pago 29/06/2021 correspondiente al periodo diciembre 2020. Teniendo en cuenta lo anterior la afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de la Licencia de Maternidad”*, aunado a ello, le indicaron que quien debía reconocer dicha prestación es su empleador, debido a que no se realizó el pago oportuno de los aportes correspondientes de acuerdo a lo previsto en el Decreto 2353 de 2015 (artículo 78).

En cuanto al derecho de petición, señala que dieron contestación negativa a sus pedimentos.

Los argumentos presentados por la accionada distan de los precedentes jurisprudenciales dispuestos por la Corte Constitucional, adicionalmente en el sistema registraron la licencia de maternidad con el salario del año 2020, cuando su hijo nació en el año 2021.

Es madre cabeza de familia por tal razón acude a esta acción preferente, con el fin de obtener la guarda de sus derechos que han sido vulnerados por la E.P.S acusada.

2. Pretende a través de esta queja el amparo de las prerrogativas deprecadas, con el fin de que la entidad encartada autorice y pague de inmediato la licencia de maternidad con el salario mínimo legal mensual vigente del año que avanza.

Adicional a ello, solicita que se advierta a la accionada para que no requiera documentos o trámites dilatorios para el cumplimiento efectivo del pago de la licencia de maternidad.

3. Mediante auto de fecha 17 de noviembre de los cursantes, el Despacho dispuso la admisión del libelo, la notificación de la entidad accionada y, la vinculación de la Secretaría Distrital de Salud, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la Superintendencia Nacional de Salud y, la sociedad Humanisargn S.A.S.

4. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, al descorrer el traslado indicó que la licencia de maternidad constituye una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la familia, la cual se hace efectiva a través del reconocimiento de un periodo destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del menor, prestación que se encuentra reglamentada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo -CST modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 y en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 2.1.13.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que para el reconocimiento de dicha prestación (licencia de maternidad), se requerirá que la afiliada cotizante hubiera efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo de gestación.

El pago de la licencia de maternidad sale del radio de sus competencias.

5. La **Secretaría Distrital de Salud**, en síntesis, informó que la señora Yineth Dahianna Romero Bonilla se encuentra en estado activo afiliada ante la E.P.S Salud Total en régimen contributivo de salud desde el 1 de junio de 2014, en calidad de cotizante.

Conforme lo previsto en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, la entidad competente para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es la E.P.S accionada.

6. La **Superintendencia Nacional de Salud**, de manera concreta arguyó falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la vulneración de los derechos anunciados no deviene de una acción u omisión atribuible a su entidad.

7. La **E.P.S Salud Total**, al contestar el libelo manifestó que la accionante cursa con afiliación en calidad de cotizante independiente del régimen contributivo desde el 2 de mayo de 2014 con estado afiliación activo y cuenta con 52 semanas de afiliación.

De la licencia de maternidad requerida, indica que la accionante no cumple con los requisitos y supuestos de hecho previstos en el régimen laboral y en el Sistema de Seguridad Social en Salud para poder obtener su pago, ya que fue presentada para su cancelación, la cual fue transcrita con NAIL P9934788 y liquidada sin valor \$0.

Lo anterior, en razón a que el pago para el mes de inicio de la prestación (1 de enero de 2021) se encontró extemporáneo según planilla N. 51560197 con fecha de pago 29 de junio de 2021 correspondiente al mes de diciembre de 2020, por lo que, la

afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de dicha prestación.

De acuerdo a los pagos compensados y validados en ADRES, no es posible acceder a la pretensión de la accionante, toda vez que la cotización del mes de inicio de diciembre de 2020 se realizó con posterioridad a la fecha de nacimiento del menor.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se constituye como un mecanismo previsto en la Constitución Política de 1991, cuyo fin primordial es la protección de los derechos fundamentales en caso de amenaza o violación por las autoridades públicas o los particulares, viabilizándose cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.P. y Decreto 2591 de 1991).

En cuanto al derecho a la seguridad social

El artículo 48 de la Constitución Política lo define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Frente al derecho a la igualdad

La jurisprudencia lo ha determinado como un “...referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad. Así quien pretende alegar que está siendo objeto de un trato discriminatorio debe enfrentar su situación particular a aquella de otras personas que estando en igualdad de circunstancias fácticas y bajo los mismos parámetros legales está teniendo un trato preferente, con lo cual quedaría demostrada la discriminación. (...) se debe buscar establecer la comparación necesaria para determinar si existe o no una violación de su derecho fundamental a la igualdad. Como lo ha dicho la jurisprudencia, no puede predicarse un trato igual a situaciones de hecho diferenciadas”.¹

De cara al estudio de prerrogativas que no son objeto de amparo

La Corte Constitucional en sentencia T-464 de 2012 dispuso que “...al ser la tutela un mecanismo de protección de los derechos fundamentales “... reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. **Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo**

¹ Sentencia T-338 de 2003

solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental”.

(...)

“Entonces, existe la posibilidad de que el juez de tutela pueda ordenar la protección judicial de uno o más derechos fundamentales que se encuentren presuntamente conculcados, así el accionante no lo hubiese pedido expresamente en la acción de tutela”. -Resalta el despacho-

En el caso concreto

La accionante solicita la protección de las anunciadas prerrogativas, por cuanto, según se dijo la E.P.S. Salud Total se ha abstenido de reconocer la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad conferida para el periodo del 8 de enero de 2021 al 13 de mayo de 2021, siendo 126 días, según Orden obrante en la página 5 de la actuación digital.

Mientras que la E.P.S Salud Total al momento de contestar esta acción de tutela, señaló que si bien la licencia de maternidad (del 7 de enero al 12 de mayo de 2021) fue presentada para su reconocimiento, lo cierto es que la misma no cumple con los requisitos y supuestos de hecho previstos en el Régimen Laboral y en el Sistema de Seguridad Social para obtener su pago, en la medida que encontró un pago extemporáneo según planilla # 51560197 con fecha de pago 29 de junio de 2021 correspondiente al periodo de diciembre de 2020, por lo que, *“...teniendo en cuenta lo anterior la afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de la Licencia de Maternidad”.*

Respecto al pago de la licencia de maternidad

El artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, dispone que, *“...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.”.*

Frente a este punto, la jurisprudencia ha realizado una excepción cuando la madre embarazada no ha cotizado la totalidad de los meses de gestación de manera ininterrumpida. (Sentencia T-049-11), y al efecto ha precisado que la entidad promotora de salud quebranta el derecho a la salud, así como el de la vida de una mujer, cuando niega la licencia de maternidad con el argumento que no cumplió con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, en razón a que las semanas aportadas deben ser iguales a las de la gravidez para poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia, pues ha considerado que este requisito no puede tenerse en cuenta como argumento suficiente para su negativa, sino que se puede sufragar de manera proporcional de acuerdo al número de aportes realizados, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema.

A partir de estas consideraciones, se formularon dos hipótesis fácticas que definen tratamientos diferentes, dependiendo del tiempo dejado de cotizar:

“... (i) 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 ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad.

(ii) 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 ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado”.²

Criterio que fue reiterado en sentencia T- 503 de 2016, al establecer la citada Corporación que *“...el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido. (...) (i) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. (...) La Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad (...) (ii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, “la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, **“si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la***

² Sentencia T-1223 de 2008.

licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”. – resalta el despacho-

Por consiguiente, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcionalmente, siempre y cuando se cumpla las siguientes condiciones: a). El término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo; b). La responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador; c). Se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe.³

Bajo ese contexto, es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada, toda vez que el amparo se presentó el 17 de noviembre de 2021 (ver Acta Individual de Reparto), es decir, antes que transcurriera un año desde el nacimiento del menor Mathias Hurtado Romero que lo fue el día 7 de enero de 2021, y frente a la omisión de la E.P.S. Salud Total (no pago de dicha prestación), se encuentra vulnerado el **mínimo vital** de la accionante y de su menor hijo, pues aunque no se anunció como una prerrogativa susceptible de protección, se observa su vulneración, pues la entidad accionada no demostró que la madre y el recién nacido cuenten con ingresos diferentes a los que constituyen la base de cotización reportada al Sistema General de Salud.⁴

En atención a la relación de aportes presentada por la misma encartada, se observa que la tutelante cotizó ocho (8) meses durante su período de gestación,⁵ por lo que se concederá el amparo deprecado, teniendo en cuenta lo establecido en la jurisprudencia, y para el caso en concreto se ordenará dicho pago de manera completa.

En este punto se precisa que, si bien la negativa a la entidad promotora de salud se debió al pago extemporáneo del mes de diciembre de 2020, el cual se canceló mediante planilla N. 51560179 del 29 de junio de 2021, lo cierto es que no obra prueba en el plenario en donde se acredite que la entidad accionada requirió a la afiliada para que realizara dicho pago, ni se opuso al pago realizado, hallándose así a la mora de la cotizante y, por lo tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad, conforme lo señalado en líneas precedentes.

³ Sentencia T- 049 de 2011

⁴ La Corte Constitucional ha sostenido que se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad, cuando la madre gestante o lactante devenga un salario mínimo o menos de este o cuando el salario es su única fuente de ingreso (T – 1255 de 2008).

⁵ Ver página 36 de la actuación digital

SALUD TOTAL S.A.	12/2020	30	COTIZANTE	Estado Emergencia
SALUD TOTAL S.A.	12/2020	0	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	11/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	10/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	09/2020	29	COTIZANTE	Estado Emergencia
SALUD TOTAL S.A.	09/2020	1	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	08/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	07/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	06/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	05/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	04/2020	16	COTIZANTE	Pago con cotización
SALUD TOTAL S.A.	03/2020	14	BENEFICIARIO	Pago con cotización

En consecuencia, se ordenará al representante legal de la E.P.S Salud Total o quien haga sus veces que en el término que más adelante se señalará, pague a la señora Yinet Dahianna Romero Bonilla la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales deprecados por **YINETH DAHIANNA ROMERO BONILLA** dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia al representante legal de la **E.P.S SALUD TOTAL** o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia pague a la señora **YINETH DAHIANNA ROMERO BONILLA** la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su menor hijo.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes y a las entidades vinculadas por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE,

JULIAN ALBERTO BECERRA GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:

Julian Alberto Becerra Garcia
Juez
Juzgado Municipal
Civil 057
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **fa29ad117ee365f73be32f0af7d8b9bb4751449f236b49d3bf73e7254911df8f**

Documento generado en 26/11/2021 10:45:45 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>