



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO TREINTA CIVIL MUNICIPAL

Radicación: 11001-40-03-030-2020-00534-00.

Bogotá D.C., uno (1) de octubre de dos mil veinte (2020).

Decídese la acción de tutela instaurada por **Deiby Natalia Ramírez Ramírez** identificada con cédula de ciudadanía n.º 1.081.402.439, contra la **EPS Sanitas S. A. S.**

I. ANTECEDENTES

1. La actora solicitó la protección de sus derechos al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e «*igualdad material*», presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

2. Como fundamento de sus pretensiones adujo, en síntesis, que:

2.1.- Tiene 31 años, se encuentra afiliada como trabajadora independiente al SGSSS a la EPS Sanitas, y en el mes de septiembre de 2019 quedó embarazada.

2.2.- En el año 2019, suscribió contrato de prestación de servicios con el SENA, y realizó aportes al SGSS así: en febrero, percibió honorarios por \$2'453.171 y cotizó con un IBC de \$981,268; de marzo a octubre, recibió honorarios por \$3'679.757 mensuales y tomó como IBC \$1.471.920; y, en diciembre, efectuó un aporte voluntario con un IBC de \$828.116.

2.3. El 6 de febrero pasado, suscribió nuevamente contrato de prestación de servicios con el SENA y realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social, así: por el mes de enero de 2019, un

aporte voluntario de \$877.803; en febrero siguiente, percibió honorarios de \$3.158.458 y cotizó con un IBC de \$1'263.400; y, de marzo a mayo pasados, recibió honorarios mensuales de \$3'790.150 y tomó como IBC la suma de \$1'516.060.

2.4. Debido a su estado de gravidez le fue suspendido el contrato de prestación de servicios desde el 1 de junio al 5 de octubre de 2020; sin embargo, continuó realizando los aportes al sistema en los meses de junio y julio, sobre el salario mínimo legal mensual vigente.

2.5. El 1 de junio de hogaño, su médico le concedió licencia de maternidad y su hija nació el 15 de junio siguiente; entonces, la EPS accionada le reconoció el pago de la mentada prestación económica el 9 de julio posterior, por un periodo de 126 días, teniendo como ingreso base de liquidación la suma de \$877.803 (1 SMMLV).

2.6. El 24 de julio, radicó ante la enjuiciada, *«solicitud de reajuste del pago de la licencia de maternidad, al no estar de acuerdo en el ingreso base de liquidación que estableció la E.P.S.»*, la cual fue contestada de forma negativa por la entidad accionada el 30 de julio ulterior, fundada en que *«en el mes que se inició [su] licencia, cotizó por un salario mínimo legal mensual vigente, adicionalmente, señaló que no es posible aplicar el promedio del salario al ser cotizante independiente»*.

2.7. Durante el periodo de gestación, comprendido entre los meses de agosto de 2019 y junio de 2020, *«cotizó con relación a los honorarios devengados y que sólo fue durante los meses de diciembre de 2019, enero y junio de 2020 que aportó con base en el salario mínimo legal mensual vigente»*.

2.8. La única fuente de ingresos que ha tenido durante su estado de gravidez, son los honorarios percibidos por el contrato que tiene con el SENA, los cuales se han visto afectados, toda vez que

«venía devengando aproximadamente \$3.790.150 mensuales, pasando ahora a tener como ingreso \$877.803 pesos, producto de la licencia de maternidad».

3.- Pidió, conforme a lo relatado, se le ordene a la accionada **i)** *«realice la reliquidación de [su] licencia de maternidad, teniendo como ingreso base de liquidación el promedio del ingreso base de cotización por el tiempo de [su] gestación»* y **ii)** *«pagar la diferencia que resulte con la modificación del Ingreso Base de Liquidación de mi licencia de maternidad».*

4.- El 18 de septiembre de 2020, se admitió la queja constitucional y se ordenó correr traslado a la citada

II. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

La EPS Sanitas S. A. S., señaló que, actualmente la accionante se encuentra en estado: *«retirado»*, según la consulta Información de Afiliados en la *«Base de Datos Única de Afiliados (BDUA)»* de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Asimismo, informó, que el médico tratante le expidió a la quejosa la licencia de maternidad por un total de 126 días *«comprendidos entre el día 01 de junio y el 04 de octubre del 2020»* y con un IBC de \$877.803 para un valor total de \$4.000.146.

También manifestó, que de conformidad con lo establecido en la Circular 0062 de 2011 emitida por el FOSYGA, ahora ADRES *«[l]a liquidación de incapacidades laborales y / o licencias sobre promedios salariales solamente opera en la modalidad de salario variable, lo cual no aplica bajo la categoría de cotizante independiente, toda vez que los ingresos son declarados de manera voluntaria, o en su defecto, se encuentran determinados por la celebración de contratos de carácter civil, comercial o administrativo».*

Añadió, que, *«si bien la licencia se liquidó sobre un IBC de \$877.803, también es cierto que la señora Deiby Natalia ha venido realizando los aportes en salud para junio -julio y agosto del 2020, sobre el IBC de \$877.803; por lo que no*

es pertinente en manera alguna reconocer la licencia sobre un IBC promedio (\$1.312.909) y recibir aportes en salud por IBC de \$877.803».

Por lo anterior, solicitó denegar las pretensiones.

III. CONSIDERACIONES

1. Conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es un mecanismo extraordinario, instituido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que se derive de la acción u omisión de las actuaciones de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva o alternativa de los medios ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos, a menos que estos se tornen ineficaces y el amparo sea utilizado como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irreparable.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido los requisitos para la existencia de un perjuicio irremediable, así:

[L]a Corte ha identificado las siguientes características propias de esta figura: (i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir, (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad. (Sentencia T-322 de 2016).

También, ha enseñado, que *«por regla general la liquidación y pago de acreencias laborales escapa del ámbito propio de la acción de tutela, y solo de manera excepcional, se ha admitido su procedencia ante la falta de idoneidad del medio de defensa ordinario»*, (T-040 de 2018).

2. Sobre el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, que:

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.

Así, la Corte ha entendido 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 (C.C. Sentencia T-278 de 2018 subraya nuestra).

3. La gestora acudió a la presente salvaguardia con el propósito de que se protejan sus prerrogativas fundamentales que considera vulneradas por la entidad enjuiciada, por cuanto liquidó su licencia de maternidad teniendo como IBC el salario mínimo, sin tener en cuenta el promedio de aportes realizados durante el tiempo de gestación, y, en consecuencia, solicita que, por esta senda se le ordene efectuarle el reconocimiento y pago del reajuste respectivo..

4. En relación con la queja constitucional, se arrimaron las siguientes acreditaciones:

4.1. Registro civil de nacimiento de la menor A. V. C. R.¹ donde consta que es hija de la promotora y que nació el 15 de junio pasado (Anexo: «01. Escrito Tutela y Anexos.pdf» pág. 34).

¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, armonizado con el canon 7 de la Ley 1581 de 2012, se omite el nombre de la menor.

4.2. Reporte de pagos efectuados al Sistema General de Seguridad Social de la tutelista, en las que se evidencia que efectuó las siguientes cotizaciones: (Anexo: «04.1. Anexo 1 (certificado de aportes).pdf» pág. 47).

- Septiembre a noviembre de 2019, IBC de \$1.471.920.
- Diciembre de 2019, IBC de \$828.116.
- Enero de 2020, IBC de \$877.803.
- Febrero de 2020, IBC de \$1.263.400.
- Marzo a mayo de 2020, IBC de \$1.516.060.
- Junio de 2020 IBC de \$877.803

4.3. Licencia de maternidad, otorgada por el galeno tratante, desde el 1 de junio de 2020 (Anexo: «01. Escrito Tutela y Anexos.pdf» pág. 49).

4.4. Autorización de «licencia de maternidad», emitida por la EPS accionada, con «fecha inicio 01/06/2020» y «fecha fin 04/10/2020» (Anexo: «01. Escrito Tutela y Anexos.pdf» pág. 53).

4.5. Derecho de petición remitido por la promotora, a la EPS enjuiciada adiado 22 de julio de 2020, por medio del cual le solicita «el reajuste de la licencia de maternidad generada a [su] favor [...]» (Anexo: «01. Escrito Tutela y Anexos.pdf» pág. 55-58).

4.6. Respuesta emitida por la EPS enjuiciada, que le informa a la accionante, que, «la licencia en mención fue liquidada sobre un ingreso base de cotización de \$877.803, por ser el salario reportado por usted en el mes de inicio de la licencia», y además «la liquidación de incapacidades laborales y/o licencias sobre promedios salariales solamente aplica en la modalidad de salario variable, lo cual no aplica bajo la categoría de cotizante independiente». (Anexo: «01. Escrito Tutela y Anexos.pdf» pág. 60 y 61).

5.- Descendiendo al *sub examine* y del análisis de los medios de prueba recaudados, encuentra el despacho, que la acción de amparo resulta procedente, toda vez que, el actuar de la EPS censurada, al liquidar la licencia de maternidad de la quejosa teniendo en cuenta solo el último ingreso por ella reportado –

equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente– vulnera sus derechos fundamentales, al no materializar adecuadamente el reconocimiento de la licencia de maternidad como protección de la madre gestante y de su recién nacido.

5.1.- Al efecto, relíevase que, en la réplica de la demanda, la EPS censurada se limitó a explicar que no podía tomar el ingreso base de liquidación de una forma variable, porque las normas que allá citó no aplican cuando el vínculo que tiene la trabajadora es de «*independiente*»; empero, la interpretación que la entidad enjuiciada hace de la normatividad aplicable resulta discriminatoria, siendo que el legislador no hizo esa diferenciación entre la trabajadora dependiente y la independiente; por lo que, el argumento de la entidad convocada para no tener en cuenta el promedio del IBC de los aportes efectuados al SGSSS por quejosa resulta lesivo a sus garantías superiores.

Referente a la prestación económica reclamada por la quejosa, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo señala que:

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 promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. [...].

Sin embargo, destácase, que el canon 43 superior señala que «*[l]a 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*» denotándose así, que la protección de raigambre fundamental que le asiste a la mujer cuando se halla en estado de gestación, y cuando se convierte en madre, no parte de una base de exclusión, que promueva uno u otro vínculo contractual, siendo que, es la condición de mujer y de madre, lo que genera la especial protección de sus prerrogativas superiores por parte del Estado.

Obsérvese, que el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud 780 de 2016, estableció en su artículo 2.1.13.1, 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*» (subraya fuera de texto), equiparando, al rompe, a las trabajadoras dependientes e independientes, bajo el concepto de afiliada, puesto que, es llanamente esa condición la que se yergue para acceder a esta prestación, sin que existan tratos diferenciados o discriminatorios entre una y otra «*afiliada*» por una determinada condición, por lo que, donde el legislador no hace distinciones no le es dable al intérprete hacerlas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado, que:

El ordenamiento jurídico vigente, consciente de las particularidades y diferencias que existen entre estos dos tipos de trabajadores, previó numerosas reglamentaciones a través de las cuales era posible que estos hicieran efectivas sus cotizaciones. Lo anterior, sin llegar a imponer cargas o requisitos adicionales que limitaran el acceso de unos u otros a las prestaciones del sistema y que impidieran que un determinado trabajador, por ostentar la condición de dependiente o de independiente, tuviera que acreditar mínimos de cotización diferenciados y que le obstaculizaran el reconocimiento de las prestaciones que cubren la contingencia en la que eventualmente pueda encontrarse inmerso (C.C. Sentencia T-377 de 2015 subraya nuestra).

Asimismo, se ha pronunciado esa Colegiatura, puntualizando, que las trabajadoras independientes tienen el mismo derecho a recibir la licencia de maternidad que las dependientes, así:

[R]esulta preciso aclarar que el derecho de las mujeres a disfrutar de un descanso remunerado con ocasión al embarazo y al parto no sólo radica en cabeza de las trabajadoras dependientes. Así, el artículo 28 del Decreto 808 de 1998 "Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud", indica que las trabajadoras independientes afiliadas a dicho sistema a través del régimen contributivo, en virtud de sus aportes y cotizaciones directas, igualmente tienen derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad (C.C., Sentencia T-365 de 2007).

De ese modo las cosas, el presupuesto señalado en el numeral 2 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, para la liquidación de la licencia de maternidad, que contempla, que *«si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios o en todo el tiempo si fuere menor»*, atendiendo el marco legal y jurisprudencial anterior, que equipara a la mujer trabajadora dependiente de aquella independiente, no puede interpretarse que únicamente resulta aplicable a la primera, porque resultaría discriminatoria y exclusiva para las mujeres que no derivan sus aportes a la seguridad social producto de un contrato de trabajo, amén que, esa postura riñe con el mandato constitucional puesto de presente en esta providencia, máxime, que la expresión *«como en el caso de trabajo a destajo o por tarea»* se erige a modo explicativo, y no con carácter limitante.

5.2.- Así entonces, se vislumbra que, para el caso concreto, la afiliada, quien cotizó sobre ingresos variables durante el año anterior al parto (*acorde a los ingresos que percibía producto de un contrato de prestaciones en cuanto estuvo vigente y, con fundamento en el SMNLV en caso contrario*), merece recibir una licencia de maternidad que tenga en cuenta ese promedio, y no otra que, disminuya abruptamente el dinero con el que satisface sus necesidades básicas y *–ahora las de la recién nacida–*, máxime que, una reducción abrupta de sus ingresos vulnera sus derechos fundamentales, y los de su hija, por lo que para proteger las prerrogativas de la ahora lactante y los de la recién nacida, no basta con el mero reconocimiento de la licencia de maternidad, sino su pago debe efectuarse teniendo en cuenta el promedio de las cotizaciones al SGSSS que la afiliada ha realizado en el término que determina la ley.

Al efecto, se denota, que la gestora manifestó que su única fuente de ingresos deriva de la mentada prestación económica, y que los mismos se han visto afectados, como fácilmente puede concluirse con una reducción tajante, toda vez que *«venía devengando aproximadamente \$3.790.150 mensuales, pasando ahora a tener como ingreso*

\$877.803 pesos, producto de la licencia de maternidad», lo que no fue desvirtuado por la entidad de salud querellada, de modo que, de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional, también «se presume la afectación del mínimo vital de la accionante y su hija», todo lo cual conlleva a la configuración de un perjuicio irremediable, que hace aún más factible la concesión de la salvaguarda.

Sobre el punto, el alto tribunal constitucional, ha explicado que:

Respecto de la prueba anterior, la EPS demandada nada controvertió cuando se le corrió traslado de la misma. Ante esta circunstancia, opera la presunción de afectación del mínimo vital de la accionante y su hija, razón por la que esta Sala estima procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, pues el pago de la prestación económica por licencia de maternidad se torna indispensable para suplir los ingresos que con motivo del nacimiento dejaron de percibirse. Adicionalmente, la Corte considera que la falta de pago de dicha prestación incide negativamente en el mínimo vital y la vida digna de la actora y de su hija, en atención a que los ingresos que recibía como trabajadora independiente, cuya percepción se interrumpió, constituían su única fuente económica de sostenimiento (Sentencia T-278 de 2018).

5.3.- Se impone, entonces, para poner a salvo los derechos fundamentales al mínimo vital e igualdad material reclamados por la gestora, abrir paso al amparo instado en lo que toca con la reliquidación de la licencia de maternidad *ut supra* aludida, sobre todo cuando la accionada no desvirtuó la situación de vulnerabilidad de la tutelista y de su hija, razón por la cual se le ordenará a la entidad promotora accionada, que dentro del término señalado en el numeral 5 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, realice la reliquidación de la referida prestación económica a la que tiene derecho la accionante, teniendo en cuenta el promedio del IBC reportado por la afiliada para efectuar los aportes al SGSSS correspondientes «al último año de servicios o en todo el tiempo si fuere menor» contados hasta la concesión de la licencia de maternidad.

6.- De ese tenor las cosas se otorgará el amparo rogado, en los precisos términos que pasan a verse.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **RESUELVE:**

Primero: Conceder a **Deiby Natalia Ramírez Ramírez**, el amparo a sus derechos fundamentales al mínimo vital e «*igualdad material*», por las razones esbozadas en la parte motiva de la providencia.

Segundo: Ordenar al gerente general de **EPS Sanitas S. A. S.** o a quien haga sus veces, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho proceda a: **i)** realizar la reliquidación de la licencia de maternidad otorgada a **Deiby Natalia Ramírez Ramírez**, teniendo en cuenta el promedio del IBC reportado por la afiliada para efectuar los aportes al SGSSS correspondientes «*al último año de servicios o en todo el tiempo si fuere menor*» contados hasta la concesión de la licencia de maternidad; y **ii)** pagar el valor correspondiente a la diferencia que resulte entre el resultado de la operación ordenada en el punto anterior y la que le fue efectivamente reconocida ala afiliada.

Tercero: Notificar lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto: Disponer la remisión de lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional oportunamente, en caso de no ser impugnada esta providencia.

Notifíquese y Cúmplase


Artemidoro Gualteros Miranda
Juez