



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°

cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2022-00784-00

Bogotá, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992

Accionante: **DANIELA CHIQUINQUIRA RIVERO ARAUJO**

Accionado: **CAPITAL SALUD EPS**

Providencia: Fallo

I. ASUNTO A TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela que, en protección de sus garantías constitucionales presentó **DANIELA CHIQUINQUIRA RIVERO ARAUJO** en contra de **CAPITAL SALUD EPS**.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La ciudadana **DANIELA CHIQUINQUIRA RIVERO ARAUJO**, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y salud, ante la negativa de otorgarle la respectiva licencia de maternidad y pago de la misma.

Afirmó para sustentar su solicitud de amparo, que el pasado 27 de mayo de 2021 nació su hija, nacido vivo **No. 165717118**.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recibida la presente queja a través de la oficina de reparto, por auto de 10 de agosto del año en curso, se dispuso su admisión, y la notificación de las accionadas, con el fin de que ejercieran su derecho de defensa. Así mismo, se vinculó a **SUPERSALUD, MINISTERIO DE SALUD, ADRES y SUBRED INTEGRADO DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**

2.- Así, **SUPERSALUD, SUBRED INTEGRADO DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. MINISTERIO DE SALUD y ADRES** indicaron que no son las entidades encargadas de atender las pretensiones del actor.

3.- **CAPITAL SALUD EPS** guardó silencio.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los hechos dispuestos en el escrito de tutela, el problema jurídico se circunscribe a determinar si la entidad accionada, vulneró los derechos fundamentales argüidos por accionante, ante la negativa de otorgarle la respectiva licencia de maternidad y pago de la misma.

V. CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el num. 1° del art. 1° del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela.

2.- La acción de tutela es una herramienta con la que se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o aún de los particulares, en los casos establecidos por la ley.

3.- Así, se encuentra que la exigencia del petitum es que se ordene a la accionada le otorgar la respectiva licencia de maternidad y pago de la misma.

4.- De cara a los derechos fundamentales que a juicio del accionante han sido conculcados por las entidades accionadas, es pertinente traer a colación, lo esbozado por la Honorable Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, pues, el artículo 43 de la Constitución Política contempla una protección especialísima para las mujeres que se encuentran en estado de embarazo y después de éste, para que se les preste especial asistencia y protección, así como un subsidio alimentario en aquellos casos en que estuviere desempleada o desamparada.

Dicha protección puede reclamarse por vía de tutela si se ha: (i) cotizado de forma ininterrumpida al sistema durante el periodo de gestación, (ii) pagado en forma oportuna, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la causación del derecho, empero, se advierte que ante un pago tardío de los aportes, sin que previamente se hubiere requerido por parte de la EPS al usuario y habiendo ésta aceptado el pago se habrá allanado a la mora, por lo cual se entenderá cumplido el requisito y, (iii) comprobado una afectación al mínimo vital de la madre y del menor (C. Const., Sent. T-788 de 14 de agosto de 2004 y T-368 de 18 de junio de 2015).

De esta manera, previo al reconocimiento de dicha licencia por parte de la Entidad Promotora de la Salud, deberá verificarse la continuidad en la cotización de los aportes al sistemas durante el periodo de gestación (Dcto. 047 de 2000, art. 3, núm. 2), el pago completo y oportuno de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, no tener pago pendiente en las Entidades Promotoras de Salud o en las Instituciones Prestadoras de Salud (Dcto. 1804 de 1999, art. 21).

Postura que fue modulada por la Corte Constitucional para los aportes que no hubieran sido continuos, oportunos y completos, para advertir que el pago de la licencia de maternidad podía ser total o proporcional si las cotizaciones faltantes fueran menores a dos meses, en el primero de los casos, y en el segundo de los casos si la cotización de los aportes fuera superior a los dos meses (C. Const., Sent. T- 206 de 16 de marzo de 2007 y T- 092 de 25 de febrero de 2016).

5. El artículo 236 del CST modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 preceptúa:

“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.

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.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4.- Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 2o. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de

la certificación de que trata este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla”.

Al respecto la Corte Constitucional ha puntualizado que “(...) una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto, pues, como ya se explicó en esta sentencia, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.” (Sent. C-470/97).

6. En lo tocante a la presunción de veracidad, cabe señalar que el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, establece:

“El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.

El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.”.

A su vez, el artículo 20 de ese mismo decreto señala:

“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”. (subrayado fuera del texto)

En efecto, la presunción de veracidad opera cuando el juez solicita a la accionada, se pronuncie, respecto al interés que pueda tener y ésta no se manifiesta dentro del término conferido. Sobre este efecto, la corte constitucional, reiterando decisiones previas, manifestó en la sentencia T-250 de 2015: “La presunción de veracidad consagrada en esta norma [Art. 20 Dec-ley 2591/91] encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias, bien que se dirijan a particulares, ya que deban cumplirlas servidores o entidades públicas[31]. Hecha la anterior precisión, la Corte ha establecido que la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política ha impuesto a las de autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 e inciso segundo del artículo 123 C.P.)”.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La señora **DANIELA CHIQUINQUIRA RIVERO ARAUJO** acude ante este Despacho para que le sea amparado sus derechos a seguridad social, mínimo vital y salud, ante la negativa de la accionada de otorgarle la respectiva licencia de maternidad y pago de la misma.

Ahora bien, se verificó que la accionada guardó silencio y, por tanto, se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual “si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”, y tenerse por ciertos los hechos alegados

Téngase en cuenta que “Las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento

y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo. (C. Const. Sent T 526/19).

Ahora bien, debe advertirse que se encuentran satisfechos los dos requisitos para el reconocimiento de la prestación económica durante la licencia de maternidad.

Recuérdese, que la Corte Constitucional ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: (i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento y (ii) ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo (Sent. T – 503/16).

Circunstancia que habilita la protección especialísima de la cual goza la accionante y su hijo, para lograr el pago de la licencia de maternidad como prestación económica que respalde el proceso de recuperación de la madre y la debida atención de su hijo.

Por tanto, al no realizar dicho pago, la demandante, quedaría desprotegida al igual que el menor.

Ahora, el Decreto No. 780 de 2.016 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su artículo 2.1.13.1. hace referencia a que el empleador deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS.

Entonces, la norma es clara al señalar que el empleador puede realizar el pago de la licencia de maternidad generada.

Sin embargo, debido a que nos encontramos frente a un asunto en el cual se ven inmersos los derechos fundamentales a los niños y al mínimo vital, además, de un supuesto pago de la EPS al empleador de la accionada, por lo que es un escenario complejo, no puede pasar desapercibido que:

La Corte Constitucional en Sentencia T – 365/07 preceptuó que no hay duda que “la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial”.

Además, la Constitución Política en su artículo 13 establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados” (Sent. T-736 de 2013).

Por tanto, sería procedente el pago de la licencia de maternidad propiamente a la accionante, toda vez que no hacerlo, se estarían vulnerando los derechos fundamentales a los niños, como tampoco debe verse demorado, ni imponerse un trámite adicional para efectuar dicho pago.

En consecuencia, dado que la licencia de maternidad constituye un mecanismo esencial para garantizar los derechos fundamentales de los recién nacidos y de las madres durante la etapa posterior al parto, a pesar de tratarse de una prestación de carácter económico.

De modo que se ordenará a **CAPITAL SALUD EPS** que si aún no lo ha hecho, sufrague el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante

Adviértase que en caso de que hubiere iniciado el pago al acreedor, podrá iniciar la reposición, dejando a salvo la acción de repetición encaminada a juzgar patrimonial o penalmente la omisión en que hubiere incurrido el empleador

Con todo lo anterior, sin más preámbulos, se concederá la acción de tutela impetrada.

VII. DECISIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y salud de **DANIELA CHIQUINQUIRA RIVERO ARAUJO**, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR como consecuencia de lo anterior ordenar al representante legal de **CAPITAL SALUD EPS** o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta determinación, si no lo ha hecho, sufrague el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante.

Adviértase que en caso de que hubiere iniciado el pago al acreedor, podrá iniciar la reposición, dejando a salvo la acción de repetición encaminada a juzgar patrimonial o penalmente la omisión en que hubiere incurrido el empleador.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si el presente proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
Juez