

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DÉCIMO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020)

REF: 110014003010-2020-00018-00

Se procede a decidir la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por **SANDRA YAMILE ORTIZ ROMERO** contra **SALUD TOTAL E.P.S.**

I. ANTECEDENTES.

1. Sandra Yamile Ortiz Romero solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y de su hijo recién nacido al «*mínimo vital, a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna*» que consideró vulnerados por Salud Total E.P.S.

2. Como soporte a su pedimento, alegó los siguientes hechos:

2.1 Señaló que actualmente se encuentra afiliada en salud a la EPS accionada, en calidad de cotizante como empleada de la empresa H&G Soluciones Vehiculares S.A.S.

2.2 Informó que ha cotizado ininterrumpidamente, desde el 21 de enero de 2019, fecha en la que se encontraba en estado de embarazo y dio a luz el 5 de agosto siguiente.

2.3 Desde esa fecha inició el trámite pertinente para lograr el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la que tiene derecho. No obstante, sus intentos han resultado infructuosos, pues siempre recibe respuestas evasivas por parte de la accionada en las que, incluso, le solicitan documentos que no son requeridos para dicha prestación.

2.4 Adujo que pese a que su empleador presentó toda la documental requerida, no ha recibido respuesta alguna, por lo que el 20 de noviembre del 2019 presentó nuevamente su solicitud, la cual fue contestada argumentando que está en estudio, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

3. Con apego a lo anterior, solicitó se ordene a la E.P.S Salud Total el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

4. La accionada y las vinculadas se notificaron en debida forma de la presente acción constitucional, quienes en el término concedido rindieron el informe solicitado¹.

II. CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Constitución Política enseña que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad o un particular, en los eventos previsto por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia.

2. Ahora bien, resulta imperativo memorar que, en principio, la acción de tutela no es la vía idónea para solicitar el pago de prestaciones económicas derivadas de la seguridad social, como quiera que existen mecanismos aptos para tal fin, es así como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones debido al carácter subsidiario que tiene este mecanismo.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha decantado la procedencia de este mecanismo en determinados casos, al señalar que:

*“Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, **si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: 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.”*² (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En esta misma línea, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que *“la licencia de maternidad constituye un mecanismo importante para garantizar los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social de los niños y de las mujeres durante la etapa de la maternidad”*.³

En concordancia con lo anterior, estableció la Corte que *“[e]n los casos en que la negativa de las EPS frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, derive en la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de las madres trabajadoras y de los menores, (...) dada la limitada eficacia del medio de defensa judicial ordinario en este sentido, de manera excepcional, procederá la acción de tutela para ordenar a las EPS el cumplimiento de esta obligación legal.”*⁴

¹ Ver a folios a 37 a 57 la respuesta de Salud total E.P.S; 18 a 20 la contestación de H&G Soluciones Vehiculares; 24 a 32 el informe rendido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES; 21 y 22 la defensa de la Secretaría Distrital de Salud y 79 a 87 la réplica de la UGPP.

² Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 2018.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-022 de 2007, T-543 de 2006, T-1024 de 2006, T-791 de 2005, T-640 de 2004 y T-653 de 2002.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-589A de 2007.

3. En el presente caso la actora manifestó que Salud Total E.P.S no reconoció ni pagó la licencia de maternidad a que tiene derecho, por lo tanto, de cara a la jurisprudencia transcrita, resulta palmario que es procedente el estudio del amparo constitucional, pues no hay controversia en cuanto a la fecha de nacimiento del hijo de la tutelante (5 de agosto de 2019), sin que haya transcurrido el término de un año. A lo anterior se suma que la falta de pago de dicha prestación económica, en principio, constituye para la accionante una vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital, de acuerdo a la jurisprudencia en cita, y dicho aspecto no fue desvirtuado por la accionada.

4. Decantada la procedencia del presente amparo, y conforme la situación fáctica planteada, corresponde determinar en el caso concreto: **i)** quien es el responsable del pago de la licencia de maternidad; y **ii)** si la accionante cumple con los presupuestos legales y jurisprudenciales para acceder a dicha prestación económica.

4.1 Con relación al pago de la licencia de maternidad, el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 47 de 19 de enero de 2000, establece que:

“Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud”.

De manera que se requiere que la afiliada haya cotizado durante el tiempo de gestación, claro está, con las precisiones que más adelante se realizaran, y en caso de que el empleador no cumpla con dicha obligación deberá pagar la prestación económica, con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

4.2 De la revisión de los elementos probatorios aportados en el plenario se evidencia que en el caso de la señora Sandra Yamile Ortiz Romero solo se realizaron aportes en calidad de cotizante al sistema de seguridad social en salud durante cuatro meses, antes de dar a luz, es decir, desde el mes de mayo de 2019, tal como lo revela el informe rendido por la Secretaría Distrital de Salud, según la consulta realizada en la base de datos BDUA-ADRES (fl. 21), pues con anterioridad, la actora registró vinculación en calidad de beneficiaria, y no fue aportado ningún otro medio de prueba con el que se pudiese determinar las cotizaciones durante más periodos.

No obstante, pese a lo que revelan las cotizaciones realizadas, tanto la accionante y su empleador coinciden en que inició su relación laboral desde el 21 de enero de 2019 (fl. 6 y 18), fecha para la cual el empleador estaba obligado en realizar las cotizaciones, sin que obre prueba en el plenario de que haya sido así.

Sobre esta obligación, el artículo 4° de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 señala que:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto a las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno”.

En este orden de ideas, dado que no obra prueba de que la sociedad H&G Soluciones Vehiculares S.A.S. haya cumplido con la obligación de pagar la totalidad de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la señora Ortiz Romero, y por el contrario, la actora figura como cotizante es a partir de mayo de 2019, encuentra el Despacho que conforme a las normas antes transcritas, la obligación de pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad de la accionante, recae sobre su empleador, es decir, la referida sociedad.

Este criterio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, e incluso, debe ser aplicado en curso de la acción de tutela, al señalar que, “[c]uando el empleador realiza pagos extemporáneos de las cotizaciones pero la EPS los recibe, se allana a la mora y debe pagar la licencia de maternidad a la mujer cuando se causa el derecho. -Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos que son rechazados por la EPS, **deja de pagar las cotizaciones**, o incumple cualquiera de los requisitos legales para que la mujer pueda acceder al pago de la licencia de maternidad, **se hace responsable por el pago de la misma: Si el empleador se encuentra vinculado al proceso de tutela la orden debe ser proferida en contra de él.** Si el empleador no se encuentra vinculado al proceso de tutela, la orden no puede ser proferida contra la EPS y el empleador en todo caso se encuentra obligado a pagar la licencia”⁵ (Negrilla fuera del texto). Razonamiento que fue recientemente recordado por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal-, en sentencia **STP2028-2017** del 16 de febrero de 2017.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

Así las cosas, es procedente proferir la orden de tutela en contra de la sociedad H&G Soluciones Vehiculares S.A.S., al tratarse del empleador de la señora Ortiz Romero y quien vinculó a la presente acción.

4.3 Aclarado quien es el obligado para realizar el pago de la prestación implorada, a continuación se analizará el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a ella.

Al respecto, dispone el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 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.*

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.

(...)

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

Conforme lo anterior, uno de los parámetros que se debe tener en cuenta al momento del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, es que la afiliada haya cotizado durante todo el tiempo de la gestación. No obstante, dicha postura ha sido analizada por la Corte Constitucional a la luz de la especial protección que cobija a las mujeres en estado de embarazo y los niños que acaban de nacer, concluyendo que dicho precepto, así concebido, “*haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital*” (Sentencia T – 554 de 2012).

Memórese que, en estos casos la protección no solo cobija los derechos de la accionante, sino también los de su hijo recién nacido, pues la falta de pago del beneficio económico pone en riesgo también las garantías constitucionales del menor.

Así ha definido la H. Corte Constitucional esta licencia, al indicar que:

“La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. (...).”⁶

⁶ Corte constitucional. Sentencia T-503 de 2016.

Por ello, la aludida Corporación “(...) 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”⁷.

Con base en lo anterior, se señalaron dos hipótesis con el fin de direccionar el reconocimiento de la prestación –licencia de maternidad–:

“La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”⁸.

En este orden de ideas, está probado que la señora Sandra Yamile Ortiz Romero inició su relación laboral con H&G Soluciones Vehiculares S.A.S., desde el 21 de enero de 2019, es decir, que para el día del nacimiento de su hijo (5 de agosto de 2019) había dejado de cotizar por más de dos meses durante el embarazo, lo que demuestra que la demandante superó el umbral establecido para lograr el pago completo de la licencia de maternidad, posicionándola en la segunda de las hipótesis referenciadas, por lo tanto, la licencia de maternidad, si debe ser reconocida y pagada por su empleador, pero, proporcionalmente con el tiempo en que este debió pagar las cotizaciones de acuerdo al periodo laborado, es decir del 21 de enero al 5 de agosto de 2019.

Sin perjuicio de lo anterior, H&G Soluciones Vehiculares S.A.S podrá repetir en contra de Salud Total E.P.S para que desembolse los dineros correspondientes para cubrir el pago de la mencionada prestación económica, por los meses cotizados, y siempre que se cumplan los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, es perentorio conceder la presente acción de tutela, por lo que se ordenará al representante legal de H&G Soluciones Vehiculares S.A.S y/o quien haga sus veces, que en el plazo máximo de 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, pague la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante, proporcionalmente al tiempo en que su empleador debió realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante su embarazo, esto es, del 21 de enero al 5 de agosto de 2019 sin perjuicio de que posteriormente repita en contra de Salud Total E.P.S.

⁷ Corte constitucional. Sentencia T-368 de 2015.

⁸ Sentencia ibídem.

5. En este punto, es preciso aclarar que si bien la E.P.S convocada adujo que existen irregularidades en la forma de contratación de la accionante, así como en su empleador, incluso que está en duda que la señora Ortiz Romero se encuentre laborando, esto no interfiere con el presente asunto, pues lo cierto es que los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para el reconocimiento y pago de esta prestación hacen referencia a los aportes que debe realizar la madre gestante durante el embarazo, en calidad de cotizante, y lo planteado por Salud Total E.P.S deberá ser estudiado por la autoridad competente, ya que lo alegado desborda el ámbito de acción de esta Juez Constitucional, y consecuentemente, el objeto de estudio de la presente acción de tutela.

6. Finalmente, en cuanto a la presunta vulneración al derecho de petición no se hará mención alguna en esta oportunidad, de una parte, en razón a la prosperidad de las pretensiones que se estudiaron en precedencia pues las mismas eran el fundamento de la solicitud impetrada, y de otro lado, debido a que dicho pedimento fue presentado por el Representante Legal de la sociedad H&G Soluciones vehiculares, luego es dicha persona la legitimada para adelantar las acciones pertinentes para obtener la respuesta respectiva.

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

III. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la protección constitucional invocada por **SANDRA YAMILE ORTIZ ROMERO**, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la **H&G SOLUCIONES VEHICULARES S.A.S** y/o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, sino lo hubiere hecho, pague la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora **SANDRA YAMILE ORTIZ ROMERO**, proporcionalmente al tiempo en que su empleador debió realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante su embarazo, esto es, del 21 de enero al 5 de agosto de 2019.

Lo anterior, sin perjuicio de que posteriormente repita en contra de Salud Total E.P.S para que desembolse los dineros correspondientes para cubrir el pago de la mencionada prestación económica, por los periodos cotizados y siempre que se cumplan los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico.

TERCERO: DESVINCULAR del presente trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, a la Secretaría Distrital de Salud, a la UGPP, y a Salud total E.P.S, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR esta determinación a las partes intervinientes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: DETERMINAR que, en caso de no ser impugnado el fallo, se envíe a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo establecido en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Juez,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA DEL PILAR FORERO RAMÍREZ

OL