



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Email: cmpl47bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001-40-03-047-2021-00132-00

Decide el Despacho la acción de tutela promovida por **NATALIA OSORIO ARANGO** en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.**

I. Antecedentes

1. La accionante reclamó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, a la salud y a la seguridad social presuntamente vulnerados por la entidad accionada y, en consecuencia, solicitó ordenar a Salud Total E.P.S. *"el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de acuerdo con la normatividad vigente"* [Folio 1 EscritoTutela]

2. Sustentó el amparo, en síntesis, así:

2.1 El 2 de abril de 2020, nació su hija María Márquez Osorio en Miramar, Florida, Estados Unidos, esto teniendo en cuenta que desde el 24 de marzo de ese mismo año se decretó permanecer en cuarentena producto de la pandemia por COVID-19, razón por la cual no podía regresar al país debido también al cierre del aeropuerto.

Enfatizó, cómo debido a los cierres masivos y las restricciones de movilidad le fue imposible *"continuar con el cumplimiento de mis pagos y obligaciones mensuales, como lo fue, el pago de un solo mes de mi cotización mensual"*. Posteriormente, solicitó el reconocimiento de la licencia de maternidad la cual fue negada el 7 de diciembre de 2020 por la accionada bajo el argumento de que **se encontraba en mora**, pese a que *"ya había pagado el mes que debía, el cual no había podido cancelar por motivos de fuerza mayor, dado el cierre completo de las ciudades y la obligación de cuarentena"*. [EscritoTutela]

II. El Trámite de Instancia

1. El 10 de febrero de 2021 se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado a la entidad encausada, y el 16 de ese mismo mes se vinculó a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a SALUD VIDA E.P.S, para que remitieran copia de la documentación en cuanto a los hechos de la solicitud de amparo y ejercieran su derecho de defensa, librando las comunicaciones de rigor.

2. **SALUD VIDA E.P.S** Informó que actualmente la accionante no se encuentra vinculada a la EPS ni registra como cotizante ni beneficiario, adicional a esto, señaló que la acciones desde el **año 2016** se encuentra afiliada en la EPS SALUD TOTAL, lo cual puede ser verificado consultando el enlace en la web site

del Ministerio de Salud y de la Protección Social: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Consulta-Afiliados.aspx>. [027ContestacionSaludVida]

3. SALUD TOTAL E.P.S Puso en conocimiento que efectivamente la señora Natalia Osorio Arango se encuentra afiliada a la entidad en calidad de cotizante independiente, el estado actual de su afiliación es Activo y en cuanto a la licencia de maternidad *"No se generó reconocimiento, teniendo en cuenta que la Licencia inicia el 02 de Abril de 2020 y la cotización de los meses Marzo y Abril solo se efectuó hasta el día 19 de Mayo de 2020, no se genera reconocimiento dado que el pago es extemporáneo a la fecha de nacimiento del menor"*. Solicitó se deniegue por improcedente la acción de tutela en virtud de la existencia otro medio de defensa para solicitar las pretensiones, especializado, idóneo y eficaz ante la superintendencia nacional de salud dentro de la función jurisdiccional- juez de la salud. [017ContestacionTutelaSaludTotal]

4. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Guardó silente conducta.

III. Consideraciones

1. La Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política tiene por objeto proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando en determinada situación resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. De acuerdo con la situación fáctica expuesta corresponde a este Juez Constitucional, resolver el **problema jurídico** que consiste en determinar si Salud Total E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de Natalia Osorio Arango al no **reconocer y pagar** la licencia de maternidad solicitada, con fundamento en que la accionante realizó el pago **extemporáneo** de los meses de marzo y abril de 2020.

3. La **licencia de maternidad** es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹ 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"*.

3.1 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los *"principios constitucionales de igualdad y*

¹ Sentencia T-503 de 2016.

*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*².

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”*³, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto⁴.

El Alto Tribunal 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”*⁵

3.2 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”*⁶.

Esta prestación cobija 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 jurídico⁷.

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.”*

² Sentencia T-278 de 2018.

³ Sentencia T- 489 de 2018.

⁴ Sentencia T- 278 de 2018.

⁵ Sentencia T-998 de 2018.

⁶ Sentencia T-489 de 2018.

⁷ Sentencia T- 278 de 2018.

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 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."*

3.3 En lo que respecta al **tiempo de cotización**, la jurisprudencia constitucional⁸ 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 la Corte 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"⁹.*

4. La Corte Constitucional¹⁰ ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran **en mora** en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. **se allana a la mora**, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100

⁸ Sentencia T-489 de 2018, T-278 de 2018 y T-368 de 2015 entre otras.

⁹ Sentencia T-503 de 2016.

¹⁰ Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T- 786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T- 862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.

de 1993, que establece lo siguiente: "**ACCIONES DE COBRO.** *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo*". En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que: "**Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes.** *El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS. (...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago. Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.*" (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

4.1 El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, **salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.** Así, asentir que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado¹¹. En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) **podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.**

Por consiguiente, se concluye 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.**

5. Ahora bien, En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios¹². Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, la Corte Constitucional ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable¹³.

De esta manera, 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 nacimiento¹⁴; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.**

¹¹ Sentencia T-529 de 2017.

¹² Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

¹³ Sentencia T-368 de 2009.

¹⁴ Ídem.

Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida¹⁵. Así mismo, el alto tribunal ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención¹⁶.

5.1 Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, **o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud**, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela¹⁷, más aun cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, **se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño**.

6. Analizado el acervo probatorio, se colige que Natalia Osorio Arango cumple con las exigencias establecidas en la jurisprudencia constitucional atrás señalada, como quiera que interpuso la acción de tutela dentro del año de nacimiento de su hija María Márquez Osorio quien nació el **2 de abril de 2020** como se desprende del Registro Civil de Nacimiento No. 57316327 [008AnexoOchoAccionTutela], presentó copia de la licencia de maternidad No. P9611827 [002AnexoDosTutela], y aportó copia de los recibos de pago de las cotizaciones de los meses de marzo [006AnexoSeisTutela], abril [005AnexoCincoTutela] y mayo [004AnexoCuatroTutela] del año 2020, período en el cual la E.P.S accionada se **allanó a la mora**, pues pese al **cumplimiento tardío** la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese entendido, respecto de la actora, como ya se advirtió, en caso de no reconocerse el pago de la aducida licencia, **existe una presunción de afectación al mínimo vital**, presunción que por demás no fue desvirtuada por la accionada quien tenía la carga de ello; razón por la que teniendo en cuenta las precisiones arriba señaladas, en atención a la jurisprudencia en comento, atendiendo que la accionante tiene derecho al pago de la licencia de maternidad y que el mismo fue aprobado por **SALUD TOTAL E.P.S.**, no obstante, se encuentra pendiente el desembolso y pago de la misma.

7. Por lo anterior, resulta forzoso, en aras de no hacer más gravosa la situación de la actora y en especial de su menor hijo, acceder a lo peticionado, por lo que se ordenará al representante legal de **SALUD TOTAL E.P.S.**, que dentro del término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a reconocer y pagar a la señora

¹⁵ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: "el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. (...)

La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica".

¹⁶ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

¹⁷ T-139 de 1999.

Natalia Osorio Arango la licencia de maternidad causada dentro del periodo comprendido entre el 4 de abril al 8 de mayo de 2020 con ocasión al nacimiento de su hija María Márquez Osorio.

8. Por otra parte, se ha de desvincular del trámite de la presente acción de tutela a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a SALUD VIDA E.P.S, porque no vulneraron los derechos fundamentales de la accionante.

IV. DECISIÓN

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

Resuelve:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela deprecada por la señora **NATALIA OSORIO ARANGO** contra **SALUD TOTAL E.P.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR al director o representante legal de **SALUD TOTAL E.P.S.**, o quien haga sus veces, que sin demora alguna y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a reconocer y pagar a la señora **NATALIA OSORIO ARANGO** la licencia de maternidad causada dentro del periodo comprendido entre **el 4 de abril al 8 de mayo de 2020 con ocasión al nacimiento de su hija María Márquez Osorio.**

TERCERO.- DESVINCULAR del presente trámite a SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a SALUD VIDA E.P.S porque no vulneraron los derechos fundamentales de la accionante.

CUARTO.- NOTIFICAR esta determinación a la parte accionante y a las entidades accionadas, por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO.- Si la presente decisión no fuere impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase

**FELIPE ANDRÉS LÓPEZ GARCÍA
JUEZ**

Firmado Por:

**FELIPE ANDRES LOPEZ GARCIA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 047 CIVIL MUNICIPAL DE 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:

63741f6c14e65cdd620ea22e60f26720eb72764c326a7d862a8ee25e1826faf5

Documento generado en 23/02/2021 03:12:21 PM

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