



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

ACCIONANTE: LUZ ESTELA TOBON BERRIO

ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS

RADICACION: 08001-41-89-014-2020-00491-01

ACCION: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Barranquilla D.E.I.P., febrero Primero (01) Dos Mil Veintiuno (2021).-

ASUNTO A TRATAR.

Se define en esta instancia la Impugnación presentada por la Doctora DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, Gerente y Administrado principal de SALUD TOTAL EPS, contra el fallo de proferido por el JUZGADO CATORCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, de fecha Noviembre 11 de 2020, dentro del trámite de tutela iniciado por LUZ ESTELA TOBON BERRIO, a través de apoderado judicial, contra SALUD TOTAL EPS, por la presunta vulneración al derecho fundamental a la protección reforzada de la maternidad de las madres trabajadoras y a la IGUALDAD.

Se deja expresa constancia que se profiere el fallo en la presente fecha por cuanto se encontraban suspendidos los términos judiciales, en razón al permiso concedido por el Tribunal Superior de Barranquilla a la titular de este despacho por los días 15,16 y 18 de diciembre de 2020.

ASPECTO FACTICO.

DE LOS HECHOS RELATADOS POR EL ACCIONANTE, EN SÍNTESIS, SE TIENE QUE:

1. Que la accionante, señora Luz Estela Tobón Berrio, afiliada al sistema general de seguridad social, en la modalidad de régimen contributivo con la EPS SALUD TOTAL, con ocasión al contrato al contrato de trabajo con la Fundación Universidad del Norte, realizando las correspondientes cotizaciones al sistema de salud para tener derecho a la licencia de maternidad.
2. Señala la accionante, que junto con su esposo Juan Pablo Isaza, en el año 2019, inicio proceso de adopción, proceso informado a su empleador Fundación Universidad del Norte, a través de su jefe inmediato.
3. Que, dentro del proceso de adopción, a través del Comité de Adopciones del ICBF Regional Caldas, éste les informó la asignación con miras a la adopción de la niña Luna Saray Osorio Agudelo, la cual fue aceptada por la accionante y su esposo y debidamente comunicada a la Doctora Martha Elvira Molano, defensora de Familia – secretaria del Comité de Adopción ICBF – regional Caldas.
4. Manifiesta que el Comité de Adopción ICBF Regional Caldas, mediante oficio de fecha 0ctubre 7 de 2020, suscrito por la Doctora Martha Elvira Molano, fueron notificados acerca de la entrega formal de la niña previamente asignada, la cual se estaría programada para el día 13 de Noviembre de 2020 en la ciudad de Manizales, situación que fue debidamente comunicada a la sección de nómina de la Direccion de Gestión de la Fundación Universidad del Norte , solicitando además el respectivo apoyo para la gestión de la licencia de maternidad respectiva.
5. Informa la accionante que en fecha octubre 26 de 2020, es informada por parte de la Sección de nómina de la empresa donde labora, que la EPS salud total exige entre los documentos para tramitar la licencia de maternidad, copia de la sentencia de adopción del Juez de familia y registro Civil del infante donde conste la adopción.
6. Que, por razón de la pandemia, la accionante a través de la plataforma expuso su caso ante la EPS SALUD TOTAL y mediante correo electrónico a la Gerencia Nacional de servicio al cliente enviado el 27 de Octubre de 2020, respondiendo la EPS que reitera la instrucción de que para gestionar la licencia de maternidad ante la EPS debe aportarse copia de la sentencia de adopción.
7. Que *"debido a que la petición no se resolverá antes de la entrega de la niña, el proceso de integración entre madre e hija adoptiva entra en riesgo, porque de no otorgarse la licencia, deberá la adoptante desatender sus responsabilidades laborales con el riesgo de un incumplimiento contractual grave al no comparecer a trabajar por estar en atención de su "recién hija" y encontrarse observando las obligaciones que se derivan de la etapa de integración, impuestas por la reglamentación del proceso de adopción regulado por el Código de Infancia y Adolescencia."*



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

8. Adicionalmente, señala la accionante, que dado que la fecha Noviembre 13 de 2020, van a recibir a la menor en adopción por parte del ICBF y entraran a formar una familia, y proceder a la integración de la menor al nuevo hogar, sin que se haya proferido sentencia por parte de un Juez de familia, se deben aplicar las normas laborales sustantivas que protegen a la madre adoptiva y al infante desde su entrega, por lo cual solicitan de manera urgente, que se le autorice a la tutelante, la licencia de maternidad desde el mismo instante en el que se le haga entrega de la niña asignada para la adopción, en cumplimiento de los postulados constitucionales y legales.
9. Finalmente, solicita la accionante le sean amparados los derechos fundamentales a la familia, a la protección reforzada a la maternidad de las madres trabajadoras que incluye a las madres adoptantes y el derecho fundamental a la igualdad, de conformidad con el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo, el cual señala que el día de la entrega del infante debe entenderse asimilado al día del parto, reiterado por la Corte Constitucional y en consecuencia, se ordene a Salud Total EPS-S autorizar la licencia de maternidad de la señora TOBÓN BERRÍO desde la fecha de la entrega de la niña LUNA, es decir desde el 13 de noviembre de 2020.

TRAMITE PROCESAL.

La presente actuación se admitió mediante auto calendario diciembre 14 de 2020, en el cual se avoco el conocimiento de la presente acción constitucional.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. -

EL JUEZ CATORCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA, Doctor MELVIN MUNIR COHEN PUERTA, previo análisis de la petición de tutela, resolvió:

"PRIMERO: Tutelar como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, los derechos a la protección reforzada a la maternidad, dignidad, igualdad, a la familia y su integración, y de las niñas invocados por la señora LUZ ESTELA TOBÓN BERRÍO, por lo arriba expuesto

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, se ordena al representante legal de SALUD TOTAL EPS y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ajuste sus trámites administrativos respecto de la solicitud de licencia de maternidad de la señora LUZ ESTELA TOBÓN BERRÍO, de modo que para definir sobre el reconocimiento y pago de esa prestación, se tenga en cuenta exclusivamente, la fecha de entrega oficial de la menor que se adopta conforme a la prueba del expediente o la fecha que se informe por la demandante de acuerdo con el trámite de adopción adelantado por el ICBF Regional Caldas, mas no la fecha de la inscripción de la sentencia judicial que declare el vínculo filial con el respectivo cambio del registro civil (C. Const. Sent. T – 172/11).

TERCERO: Ordenar a la parte demandante que en el término de cinco (5) días a partir de la notificación de esta sentencia, informe al despacho sobre la entrega programada el 13 de noviembre de 2020, en que precise con los documentos probatorios del caso, si efectivamente recibió en esa fecha a la menor en adopción, o si por el contrario, la fecha fue cambiada de acuerdo con el informe rendido por el ICBF....."

COMPETENCIA

Por ser su Superior Jerárquico y de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer de la Impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido por la señora JUEZ DECIMA DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA, el día 13 de noviembre de 2020, a su vez competente en primera instancia para decidir respecto del amparo invocado.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA.

Para garantizar a toda persona la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la Acción o la Omisión de cualquier autoridad pública o determinados particulares, el Constituyente de 1.999 consagra a la Acción de Tutela en el artículo 86 de la Carta Política Colombiana.

En el inciso tercero de la norma suprallegal citada, dispone que el amparo solo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, con lo cual le asigna a la



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Acción una naturaleza subsidiaria o residual más no alternativa, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, la acción de tutela resulta procedente: -Para proteger derechos fundamentales, más no otros de distinto rango, amenazados o vulnerados por la Acción o la Omisión de cualquier autoridad pública. -Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial idóneo y eficaz de protección, salvo el ejercicio del amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y -Contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

INMEDIATEZ

La procedibilidad de la tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a ejercer este mecanismo "en todo momento" y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección "inmediata" de las garantías fundamentales. Es decir, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

SUBSIDIARIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que "(...) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable."

"La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, para solicitar la protección reforzada de la maternidad en el ámbito del trabajo, despojándose de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: "(i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia".

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, para solicitar la protección reforzada de la maternidad en el ámbito del trabajo, despojándose de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: "(i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia".

La extensión de la protección laboral reforzada a las madres adoptantes en virtud del principio de igualdad – Sentencia T-499A/17

"El legislador no solo identificó el déficit de protección de las madres adoptantes frente a las biológicas, sino que, además, incluyó como motivo para reformar el régimen en ese momento vigente, el aumento que se estaba dando en los procesos de adopción. Por tal motivo, en el mismo documento ya mencionado se afirmó que: en la época en la cual se expidió el actual Código Sustantivo del Trabajo, la figura de la adopción no tenía la importancia que tiene hoy,



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

por cuanto su práctica se ha incrementado considerablemente por parte de la mujer trabajadora, produciéndose de esta manera un vacío que es necesario llenar para colocar a la madre adoptante en igualdad de condiciones, con respecto a la madre biológica y frente al patrono. El trato discriminatorio que éste da a la madre adoptante encuentra terreno propicio como consecuencia de que no existe en la actualidad legislación que regule igualitariamente los derechos de la madre adoptante [33].

(...)

Posteriormente, en la Sentencia C-543 de 2010[35], esta Corporación declaró inexecutable la expresión del menor de siete (7) años de edad, al considerar que dicha limitación era contraria (i) al mandato de igualdad que establece el artículo 13 Superior, (ii) al principio que ordena reconocer a todos los hijos los mismos derechos, sin importar la forma como hayan llegado a la familia, estipulado en el artículo 42 de la Carta, y (iii) a la protección prevalente de la niñez que establece el artículo 44 de la Constitución.

Más adelante, en virtud de las modificaciones introducidas por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, todas las provisiones y garantías previstas en el Capítulo V, otorgadas a las madres biológicas, que habían sido ampliadas a las madres adoptantes, asimilando la fecha del parto a la fecha de entrega del niño, niña o adolescente adoptado, fueron reconocidas nuevamente como parte de las garantías laborales de las trabajadoras del sector público[36]. Y, recientemente, la Ley 1822 de 2017, pese a los cambios que introdujo en el régimen de protección a la maternidad de la mujer trabajadora, mantuvo la extensión de los beneficios a las empleadas del sector público, precisando que esta protección se refiere a los derechos incluidos en los artículos 236 y 239, es decir, la licencia de maternidad y la prohibición de despido[37].

3.5.5. De la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido el desarrollo de la especial protección a la maternidad se pueden resaltar varios elementos:

(...)

El segundo elemento es el que establece que todas las provisiones y garantías de la ley para la madre biológica se hacen extensivas a la madre adoptante. Este mandato pretende asegurar que tanto la licencia de maternidad como la prohibición de despido se apliquen a las madres biológicas y a las adoptantes y, de esta manera, garantizar la igualdad efectiva entre unas y otras, pese a la forma como dichas garantías se operativizan. En efecto, el numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la extensión de beneficios de la madre biológica a la madre adoptante se hará en los mismos términos y en cuanto fuere procedente. Esto implica que, así como la protección especial de la madre biológica incluye tanto el período de gestación como la época del parto y las semanas seguidas al nacimiento del hijo, lo propio debe ocurrir en el caso de la madre adoptante.

Precisamente, es lógico entender que de la misma manera en que la madre biológica se prepara durante el embarazo para recibir al nuevo integrante de la familia y necesita recuperarse físicamente del parto y estar al lado de su bebé para cuidarlo en sus primeros meses de vida, la madre adoptante debe hacer lo propio una vez se le ha confirmado la entrega del niño, con el propósito de garantizar que a su llegada cuente con los elementos tanto materiales como emocionales que posibiliten la construcción con el hijo adoptivo de los lazos que reforzarán las relaciones maternas y garantizarán la integración y adaptación del niño al nuevo núcleo familiar. Esto implica que, no pueda desconocerse la importancia de ese período previo a la entrega, ya que se estaría haciendo una distinción injustificada entre la madre biológica y la adoptante, en perjuicio del niño.

Y, el tercer elemento, hace referencia a que la fecha del parto se asimilará a la fecha de la entrega del niño. Sobre el particular, en la Sentencia C-543 de 2010[39], la Corte entendió que, [e]n últimas, si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, lo hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que resulta necesario asegurar el goce de prestaciones sociales como la licencia de maternidad encaminadas a afirmar su integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad, en atención a los mandatos contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, que ordenan el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones a todos los hijos de la familia y la protección del interés superior de la niñez.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la carta Política, podría definirse como el mecanismo más idóneo para hacer justiciable la norma constitucional. Es un recurso a la

Dirección: Carrera 44 No. 38-11 Piso 4. Edificio Banco Popular

PBX: 3885005 Ext.1091 www.ramajudicial.gov.co

Email: ccto02ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

[Barranquilla-Atlántico. Colombia](#)



No. SC5780 - 4



No. GP 258 - 4



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

constitucionalidad, que hace parte esencial de los institutos de la jurisdicción constitucional y que se constituye en el medio más eficaz y políticamente más relevante para garantizar los derechos fundamentales de las personas.

IMPUGNACION. –

La entidad accionada Salud Total E.P.S., a través del Gerente y Administrador Principal apoderado judicial, solicita **"REVOCAR por IMPROCEDENTE el fallo de tutela promovido por la señora LUZ ESTELA TOBÓN BERRIO contra Salud total EPS, pues se evidencia que mi representada a todas luces desea cumplir con el deber de pago de la prestación pero bajo los preceptos legales y requisitos normativos para que se reconozca y pague la misma, razón por la que se debe esperar a que el pago de los aportes del periodo NOVIEMBRE 2020 entre al sistema. 2. Se solicita señor juez se REVOQUE por IMPROCEDENTE el fallo 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"**

DEL CASO EN CONCRETO.

La pretensión de la parte actora al impetrar la solicitud de amparo constitucional, no es otra que, se le reconozcan los derechos fundamentales a la protección laboral reforzada como madre adoptante en virtud del principio de igualdad, presuntamente vulnerado por la EPS Salud Total, al exigir entre los documentos para tramitar la licencia de maternidad, copia de la sentencia de adopción del Juez de familia y registro Civil del infante donde conste la adopción, vulnerando su derecho fundamental, y se de aplicación al artículo 236 del Código sustantivo del trabajo, el cual señala que el día de la entrega del infante debe entenderse asimilado al día del parto, reiterado por la Corte Constitucional y en consecuencia, se ordene a Salud Total EPS-S autorizar la licencia de maternidad de la señora TOBÓN BERRÍO desde la fecha de la entrega de la niña LUNA, es decir desde el 13 de noviembre de 2020

RESPUESTA DE LA FUNDACION UNIVERSIDAD DEL NORTE

"La demandante actualmente es trabajadora de mi patrocinada. Como todos nuestros trabajadores se encuentran afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales. La tutelante fue afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social desde el mismo día del inicio de la relación laboral, y se han cancelaron las cotizaciones correspondientes, por lo que serían dichas instituciones, las que deban asumir dichos pagos, en los términos de ley. "

Adicionalmente señala, *"Como se aceptó en la contestación a los hechos de la presente acción, la demandante es empleada de esta empresa, y como tal se encuentra afiliado a la seguridad social en seguridad social a una EPS, a una ARL y al sistema de pensiones, entidades a las que cumplidamente todos los meses, la Empresa que represento les traslada los valores correspondientes a los aportes tanto del trabajador como de la empresa, estando al día con estos aportes."*

Finalmente sostiene que *"tal y como lo establece la legislación colombiana, son las entidades promotoras de salud los entes sobre los que recae la obligación de pagar las prestaciones económicas derivadas de incapacidades temporales consecuencia de una enfermedad general, o de la maternidad."*

RESPUESTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

El ICBF, a través de la Doctora Martha Elvira Molano Olmos, dio respuesta al requerimiento del Juzgado de primera instancia, señalando que el Comité de Adopciones Regional Caldas, el 29 de Julio de 2020 decidió asignar a la familia Isaza – Tobón a la niña Luna Saray Osorio Agudelo, nacida el 26 de febrero de 2018 en Abrego, Norte de Santander y así lo notifico.

Adicionalmente, señala frente a la petición de la accionante, que manifiesta expresa conformidad en que el amparo del derecho y goce de la licencia de maternidad es desde el día 13 de Noviembre de 2020, fecha estipulada para la entrega de la niña y/o el día en que la reciba, en el evento en se llegase a modificar esta fecha por circunstancia de fuerza mayor, y que para hacer efectivo su derecho, al momento de recibir la niña, se suscribirá un Acta de Ubicación en medio familiar adoptante, el cual debe ser remitido a la EPS a la que corresponda el reconocimiento de la licencia de maternidad, así como para la inscripción inmediata de la niña en los servicios de atención en salud del régimen que tenga la accionante, tal y como lo establece la ley de infancia y Adolescencia en su Artículo 127.



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

REPUESTA DE LA ACCIONADO SALUD TOTAL EPS

Hasta la fecha del fallo de primera instancia, la accionada Salud Total EPS, no dio respuesta a los requerimientos de ese Juzgado, limitándose posteriormente a impugnar el fallo argumentando que *"se debe esperar a que el pago de los aportes del periodo NOVIEMBRE 2020 entre al sistema."*

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA

El mismo artículo 86 superior dispone que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de este asunto, el accionante presenta acción de tutela con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad extensiva a las madres adoptantes, en los términos del numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, considerando la accionante que le están vulnerando a los derechos fundamentales a la familia, a la protección reforzada a la maternidad de las madres trabajadoras que incluye a las madres adoptantes y el derecho fundamental a la igualdad.

Ahora bien, con respecto al llamado a responder al pago de la licencia de maternidad, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades, lo siguiente:

LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO O EN PERIODO DE LACTANCIA Y LAS MADRES ADOPTANTES:

"Derivado del mandato de especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez que ordenan los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo introdujo la figura de la licencia de maternidad. Se trata de un período de descanso remunerado –con el salario que devengue la mujer al momento de entrar a disfrutarlo– que inicialmente se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a esta prestación, en un principio, como "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

Ahora bien, la licencia de maternidad se concibe no solo desde su valor económico sino también como una figura de la cual se deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto se despliega respecto de las madres y de sus hijos o hijas; e (ii) integral, en la medida en que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

Sobre la relevancia de la licencia de maternidad en los procesos de adopción, esta Corporación manifestó en la Sentencia C-543 de 2010, que el tiempo inicial de integración familiar es de suma importancia en el proceso de adaptación de la nueva familia, tanto en los casos en los que los adoptados son niñas o niños menores de siete años como cuando son mayores a esa edad. La Corte ha considerado que el descanso remunerado tiene –entre otros fines– que la madre biológica o la adoptante se pueda dedicar al cuidado del recién nacido y de sus necesidades propias, así como las del niño según la edad que sea entregado en adopción. Además, y especialmente busca que se creen las condiciones de desarrollo físico, social y afectivo en esa primera etapa para el niño recién nacido o entregado en adopción, sin que las



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

preocupaciones laborales sean un obstáculo o carga. De allí que, desde el punto de vista legal, se haya señalado que las garantías de las madres gestantes se deben extender a las adoptantes, en los términos del numeral 4 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, en la parte considerativa de esa providencia se citó el siguiente aparte de la intervención que presentó el ICBF en aquella ocasión: "de conformidad con el concepto técnico de la Subdirección de Adopciones del ICBF, es necesario que el niño, niña o adolescente adoptado cuente con la presencia física permanente del o de los padres adoptantes desde el momento en que se entrega a la familia y por un tiempo determinado, como lo es la licencia de maternidad y paternidad, etapa en la que debe garantizársele al niño la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo, que se logra exclusivamente con el contacto directo y la interrelación permanente durante los primeros meses de integración, ya que el niño o adolescente necesita asimilar y tener la seguridad de que éstos serán sus padres definitivos".

REGLAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS DEPENDIENTES EN ESTADO DE EMBARAZO O EN PERÍODO DE LACTANCIA Y LAS MADRES ADOPTANTES

"De acuerdo con la legislación laboral, para el reconocimiento de la licencia de maternidad las trabajadoras dependientes –madres biológicas– deben presentar al empleador el certificado médico en el que conste el estado de embarazo de la trabajadora, así como la indicación del día probable del parto y del día desde el cual debe empezar la licencia, pudiendo tomar una o dos de estas semanas antes del parto. En el caso de las trabajadoras dependientes que son madres adoptantes, el cumplimiento de estos requisitos se acredita con la comunicación al empleador de encontrarse tramitando un proceso de adopción "por lo menos con dos semanas de anticipación a la entrega oficial del niño, niña o adolescente"

El artículo 127 de la Ley 1098 de 2006 también alude al derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad de la madre adoptante y establece el derecho de los menores de edad adoptivos a ser afiliados a la correspondiente EPS, desde el momento mismo de su entrega.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993 estableció que "para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 [afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud], el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes", lo que implica que la entidad encargada de pagar a la afiliada su licencia de maternidad es la respectiva EPS.

Por otro lado, en lo que respecta al trámite para reclamar dicho pago, el artículo 121 del Decreto 19 de 2012 establece que esta diligencia debe ser adelantada por el empleador y que –en ningún caso– se le podrá trasladar al afiliado.

Así las cosas, es el empleador el responsable, tanto de la afiliación, desafiación y pago de las cotizaciones correspondientes, por lo tanto, los periodos de cotización para un trabajador dependiente reportados en la planilla integrada de liquidación de aportes PILA, se reportan mes vencido con los ingresos percibidos en dicho mes para los subsistemas Pensión, Riesgos laborales y Parafiscales.

Adicionalmente, la norma es clara en señalar que la obligación de presentar la declaración de autoliquidación de aportes subsistirá mientras el aportante no cumpla con la obligación de reportar el cese definitivo de sus actividades, según se señala en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1406 de 1999, pues en el presente asunto, la Accionante LUZ ESTELA TOBON BERRIO, como lo señaló su empleador Fundación Universidad del Norte, se encuentra actualmente con vinculación laboral vigente, razón por la cual lo argumentado por el impugnante y accionado Salud Total no es fundamento valido para no acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la accionante.

Finalmente, según el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, la EPS asumirá el pago total de la licencia de maternidad: (i) siempre y cuando se hayan efectuado los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación de manera



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

ininterrumpida y oportuna; y (ii) en forma proporcional, cuando por inicio de la vinculación laboral se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación. Adicional a ello, (iii) en caso de mora en el pago de aportes durante el período de gestación, el reconocimiento de la licencia tendrá lugar, siempre y cuando a la fecha del parto se hubieren cancelado la totalidad de los aportes y de los intereses moratorios correspondientes.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha considerado que el momento de la entrega del menor a los padres adoptantes es el inicio al proceso de construcción de lazos afectivos e integración con el nuevo entorno familiar, y es, en ese momento en que se genera también, el derecho a los padres adoptantes a disfrutar de la licencia de maternidad, pues debe garantizarse al niño o niña su integración, y esto solo es posible a través del contacto directo y de la interacción entre padres e hijos.

Entonces, no es de recibo para este despacho, que la EPS SALUD TOTAL exija la presentación de la sentencia judicial que declara la adopción o la inscripción de la misma en el registro civil, pues la sola constancia o Acta de entrega del menor en adopción, expedida por el ICBF es suficiente para que los padres adoptantes reclamen su derecho a la licencia de maternidad o paternidad, pues la exigencia de requisitos diferentes, entorpece el derecho a los padres de disfrutar de la licencia y de estrechar los lazos afectivos con el recién llegado a la familia, y aunque la acción de tutela resulta ser un medio idóneo para estos casos, no deja de someter a los padres, empleadores, etc, a la necesidad de tener que acudir al funcionamiento del aparato judicial innecesariamente, por argumentos infundados por parte de las Entidades Promotoras de Salud, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en este tema.

En consecuencia, de lo anterior, y teniendo en cuenta que el apoderado judicial de la parte Accionante, allegó oportunamente a este despacho, el acta "UBICACIÓN EN MEDIO FAMILIAR – ADOPCION", suscrita el 13 de Noviembre de 2020 por la Defensora de Familia en Representación del ICBF, Doctora MARTHA ELVIRA MOLANO OLMOS y los padres adoptantes JUAN PABLO ISAZA GUTIERREZ y LUZ ESTELA TOBON BERRIO, mediante la cual se hace la entrega personal de la niña Luna Saray Osorio Agudelo, encuentra fundamentos el despacho para confirmar la decisión proferida en el fallo de primera instancia en todas sus partes, por el JUZGADO CATORCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, en lo relacionado al amparo de los derechos invocados por el actor por las razones expuestas en el presente fallo.

RESUELVE:

- 1.- CONFIRMAR, como en efecto se CONFIRMA, el fallo de tutela proferido por el JUZGADO CATORCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE BARRANQUILLA, de fecha 11 de noviembre de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 2.- Ordenar, como en efecto se ordena, luego de la ejecutoria del presente proveído, el envío del expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.
- 3.- Désele a conocer el presente proveído al A – Quo.
- 4.- Notifíquese al Defensor del Pueblo.
- 5.- Notifíquese a las Partes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. -
LA JUEZ,

MRM

Firmado Por:

OSIRIS ESTHER ARAUJO MERCADO

Dirección: Carrera 44 No. 38-11 Piso 4. Edificio Banco Popular
PBX: 3885005 Ext.1091 www.ramajudicial.gov.co
Email: ccto02ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
[Barranquilla-Atlántico. Colombia](#)



No. SC5780 - 4

No. GP 258 - 4



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA-
ATLANTICO**

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:

6cbcda0765b2d4e28950b8239e77b4308152759be0eeaf586645a7c72021f2d3

Documento generado en 01/02/2021 06:08:45 PM

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