



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ

Juez: Luz Angela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023-2022-00088-00
Accionante: ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO
Accionada: MERCADERIA S.A.S. (JUSTO Y BUENO)

Bogotá D. C., veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO, en protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la igualdad, cuya vulneración le atribuye a MERCADERIA S.A.S. (JUSTO Y BUENO).

2. HECHOS

Indica la accionante que es cotizante en la EPS COLSANITAS S.A. (sic), quedó embarazada de A.U.R.G. estando afiliada a dicha EPS y a la empresa MERCADERIA S.A.S. (JUSTO Y BUENO); de acuerdo a esto, reclamó su licencia de maternidad conforme al artículo 1, numeral 5 de la ley 1468 de 2011, la cual modifico el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

A la fecha, informa que no se le ha liquidado ni cancelado la licencia de maternidad a la que tiene derecho por COLSANITAS S.A. (Sic) lo cual vulnera sus derechos fundamentales; asimismo ha venido solicitando ante la EPS el pago referido, dando como negativa a su respuesta comunicando que no es ella la responsable de entregar la documentación, sino el empleador MERCADERIA S.A.S. (JUSTO Y BUENO) la cual está en proceso de liquidación actualmente.

3. ACTUACION PROCESAL

Mediante auto del 10 de agosto de 2022, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada MERCADERIA S.A.S. (JUSTO Y BUENO), con miras a garantizar su derecho de defensa y contradicción frente a los hechos objeto de tutela, para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que considerara pertinentes.¹

Igualmente, se vinculó a las diligencias a COLSANITAS S.A por tener interés en las mismas, por conducto de su REPRESENTANTE LEGAL, o quien haga sus veces.

Asimismo, mediante auto del 17 de agosto se vinculó a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y a la EPS SANITAS, por tener interés en las mismas, por conducto de su REPRESENTANTE LEGAL, o quien haga sus veces.

4. CONTESTACION

4.1. MERCADERÍA S.A.S. JUSTO Y BUENO

Mediante apoderado judicial de la entidad informa que dicho pago que alega la accionante está es a cargo de la EPS de la cual esté vinculada, puesto que la ley 100 de 1993 en su artículo 207 trata sobre que la licencia de maternidad en el régimen contributivo se reconoce y paga mediante la entidad promotora de salud.

Indica que desde el 2020 la empresa estuvo inmersa a un procedimiento de reorganización empresarial por medio de la SUPERSOCIEDADES, la cual, mediante audiencia pública del 12 de mayo último, decretó la liquidación de la misma; asimismo reitera que los activos de la empresa han sido afectados por medidas cautelares de la justicia, razón por la cual existe una afectación grave e impedimento para cumplir con sus obligaciones.

Por lo anterior solicita la desvinculación, puesto que no está a cargo dicha obligación monetaria a la empresa, sino es responsabilidad de la EPS COLSANITAS S.A.

¹ Ver archivo 03 en cuaderno digital.



4.2. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS

Mediante apoderado judicial de la entidad informa que, la accionante se encuentra afiliada al sistema de salud, a través de la EPS SANITAS S.A.S. cotizante en estado SUSPENDIDA POR MORA.

Asimismo, informa que la licencia fue radicada el 08 de agosto de 2022, por lo que el 11 de agosto del mismo año, se procede con el trámite de maternidad comprendida entre el 03 de julio y el 05 de noviembre de 2022, pero dicha licencia no ha sido autorizada, puesto que para el momento de expedición, la EPS no cuenta con evidencia de aporte para el periodo de inicio de licencia, es decir, julio de 2022, esto se hace necesario, ya que la base de liquidación de la licencia se basa en el salario devengado al momento de disfrute del derecho como lo establece el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo; De esta manera, solicitan que el empleador se ponga al día con sus obligaciones.

Respecto a la acción constitucional, argumentan que debe ser improcedente por existir un mecanismo diferente que puede ser utilizado por la accionante para el pago de la licencia, esto es, la jurisdicción ordinaria laboral.

4.3. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La superintendencia a través de apoderado informa que, no existe nexo causal en el trámite constitucional, por cuanto es la EPS quien debe hacerse cargo de sus obligaciones económicas, además existe una falta de legitimación en la causa por activa de acuerdo a que lo esbozado, es la EPS quien se ha sustraído de su obligación con la recurrente y no la entidad vinculada.

Por último, hace un recuento de sus funciones y competencias, además también de las EPS, concluyendo que estas son las prestadoras de servicios de salud; por lo cual solicita su desvinculación en este trámite tutelar.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Esta sede judicial ostenta competencia para conocer en primera instancia de la acción de amparo promovida por **ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO** en nombre propio y de su hijo menor **AURG**, De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 numeral 2º del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

5.2 Problema jurídico a resolver

Se trata de establecer a la luz de los preceptos legales y constitucionales si la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS Y MERCADERÍA S.A.S. - JUSTO Y BUENO vulnera o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales a mínimo vital, seguridad social, salud y la igualdad en cabeza de la señora **ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO en nombre propio y de su hijo menor AURG** al no pagar la licencia de maternidad de la que tienen derecho.

5.3 Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

5.4 Procedencia de la acción

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, especialmente cuando dicha protección se dirige a personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o son sujetos de especial protección como los niños, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad y aquellos que padecen de alguna discapacidad, por tanto, es susceptible de ser protegido por medio de la presente acción constitucional.

Sobre la legitimación en la causa por activa, se tiene que la señora **ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO** es la titular de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones



dignas y a la seguridad social, que presuntamente están siendo vulnerados por la negativa de SANITAS EPS y MERCADERÍA JUSTO Y BUENO a reconocerle y pagarle la licencia de maternidad.

Asimismo, está satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva en cuanto SANITAS EPS debido a que la accionante se encuentra afiliada a esta EPS; respecto a MERCADERÍA JUSTO Y BUENO es el empleador de la actora y, quien, presuntamente ha incumplido la obligación de efectuar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, lo que ocasionó la suspensión del sistema.

Respecto al estudio de procedibilidad, el requisito de inmediatez se tiene satisfecho por cuanto SANITAS EPS negó el reconocimiento de la licencia de maternidad el 11 de agosto de 2022. Siendo un tiempo razonable para el despacho entre esta fecha y la solicitud de amparo.

Por último, el principio de subsidiariedad se entiende superado cuando no se dispone de otro mecanismo de defensa, ya sea por el agotamiento del medio que se tiene, o porque no existe, o a pesar de disponer del mecanismo, no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados.

Dado lo anterior, el juez constitucional es el facultado para conocer de este asunto, de acuerdo a lo esbozado en la sentencia T-278 de 2018 que sostiene lo siguiente:

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

Asimismo, sostuvo que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos:

“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”. En cuanto a este último aspecto, señaló 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”.

Al respecto se observa que: (i) de acuerdo con el registro civil de nacimiento del menor, este nació el 03 de julio de 2022 y la acción de tutela fue formulada el 09 de agosto de la misma anualidad, razón por la cual se encuentra superado el primer requisito, dado que transcurrió menos de un (1) año entre el nacimiento y la interposición del amparo constitucional; y (ii) existen supuestos que permiten presumir la afectación del mínimo vital de la señora ANDREA REY y de su hijo recién nacido, toda vez que en el escrito de tutela advierte una grave afectación a este derecho, pues lleva más de 2 meses sin percibir ingreso alguno; hecho que no fue controvertido por la parte accionada ni por los vinculados en la presente tutela y que hace visible la afectación a los derechos fundamentales de esta madre y su hijo.

5.5 Licencia de maternidad.

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos 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 este 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”.

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 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

² Sentencia T-278 de 2018.



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

“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””³

5.6 Allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud

La Corte Constitucional 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 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.”

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, asentar 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 afiliado⁵.

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápite anteriores, no reconocer el pago de esta prestación económica (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.

5.7 Del caso en concreto

De las pruebas allegadas a las diligencias y pertinentes para el asunto, se encuentra acreditado que la señora ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO está afiliada a SANTIAS EPS por medio de la empresa MERCADERÍA S.A.S. JUSTO Y BUENO.

³ Sentencia T-489 de 2018.

⁴ Ibidem.

⁵ Sentencia T-529 de 2017.



Que el 03 de julio de 2022 dio a luz a su hijo, estando afiliada a dicha EPS y a la empresa MERCADERIA S.A.S. JUSTO Y BUENO.

El 08 de agosto de 2022, solicitó ante la EPS el pago de la licencia de maternidad equivalente a ciento veintiséis (126) días.

El 11 de agosto de 2022, SANITAS EPS negó el reconocimiento de la prestación económica solicitada, con fundamento en que desde el mes de junio no se efectúan aportes a salud.

En atención a esta negativa, la señora ANDREA REY instauró acción de tutela en contra de MERCADERIA S.A.S. JUSTO Y BUENO en donde se avocó el conocimiento y se vinculó a SANITAS EPS, con el fin de proteger sus derechos al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, en consecuencia, ruega se ordene a la accionada el pago de dicha prestación económica.

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia aplicable para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad referenciadas en las consideraciones generales de esta providencia, el despacho entrará a determinar si la negativa de SANITAS EPS. a reconocer las prestaciones correspondientes, vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad de la señora ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO.

El Decreto 780 de 2016 estableció unos parámetros para el reconocimiento de la licencia de maternidad, se requiere haber cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud algún número de semanas durante el periodo de gestación.

Esta misma norma, en el artículo 2.1.9.1. dispone que durante los periodos de suspensión por mora no habrá reconocimiento de prestaciones económicas salvo que, la E.P.S. se haya allanado a la mora, es decir que, teniendo a su disposición mecanismos de cobro coactivo al empleador moroso no hizo uso de ellos. Por esta razón, no puede afectar al afiliado quien es la parte débil de la relación contractual.

En lo que respecta al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el despacho reitera que según la jurisprudencia constitucional citada, dicha prestación representa el ingreso con el que cuenta la mujer trabajadora para atender su subsistencia y la del recién nacido para la época del parto. En este sentido, si la trabajadora no cotizó durante todo el tiempo de la gestación, la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación⁶.

Respecto a lo anterior, el despacho encuentra que, a la fecha de afiliación de la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, esto es, mes de julio de 2021 con SANITAS EPS de acuerdo a lo esbozado por ellos mismos en la contestación a esta acción de tutela⁷, cotizó un aproximado de 11 meses al mes de junio de 2022, y dio a luz el 03 de julio de 2022; en cuanto a la mora por parte del empleador, se tiene que está suspendió el pago a la EPS el mes de junio de 2022, de acuerdo a lo dicho por la propia SANITAS; la EPS vinculada se allanó a la mora ante el incumplimiento en el pago de los aportes por parte de MERCADERIA S.A.S. JUSTO Y BUENO y, por tanto, debe tenerse en cuenta que, la cotización faltante es menor de dos (2) meses del periodo de gestación.

De acuerdo con lo anterior, la señora ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO tiene derecho al pago completo de la licencia de maternidad, esto es, por el tiempo comprendido entre el 03 de julio y el 05 de noviembre de 2022, según lo ordenado por el galeno ALBERTO ANTONIO ANGULO RODRIGUEZ en incapacidad de fecha 03 de julio de 2022.

Así las cosas, el despacho advierte que la negativa de SANITAS EPS de pagar a la señora ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO la licencia de maternidad vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante. Por lo tanto, concederá el amparo invocado y, ordenará a la entidad accionada pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 23 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶ Sentencia T-503 de 2016.

⁷ Ver Archivo 19 del Expediente digital.



6. RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. ORDENAR a SANITAS EPS a través de su representante legal y/o quien haga sus veces para que, en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, pague a la señora ANDREA NATHALY REY CASTIBLANCO la licencia de maternidad completa, correspondiente a los periodos comprendidos entre el 03 de julio y el 5 de noviembre de la misma anualidad. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DESVINCULAR a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

CUARTO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no sea impugnado el fallo.

QUINTO. Contra la presente decisión procede la impugnación ante el inmediato superior jerárquico, que se podrá interponer dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la misma, conforme a lo normado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991.

Notifíquese y Cúmplase,

**LUZ ANGELA CORREDOR COLLAZOS
JUEZ**

Firmado Por:

Luz Angela Corredor Collazos

Juez

Juzgado Municipal

Penal 023 De Conocimiento

Bogotá, D.C. - 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: **4c68ef0feb2a82b85e097b8b6c73e30c4dd5f94d868388ae08674e25d6682601**

Documento generado en 21/08/2022 11:35:12 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**