

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y OCHO (48) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** contra **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, trabajo y estabilidad laboral reforzada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La accionante **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** manifestó que se encontraba vinculada a la empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, desempeñando el cargo de Auxiliar de gestión Humana, así mismo refirió que en virtud de dicho contrato se encontraba afiliada a **NUEVA E. P. S.** y **SURA A. R. L.**

Adujo que, presenta el siguiente diagnóstico: *“LITIASIS RENAL SEVERA”* razón por la cual se han generado varias incapacidades desde el 8 de octubre de 2019, junto a la licencia de maternidad que inicio el 4 de mayo de de la presente nulidad, hasta el 6 de septiembre de 2020.

Indicó que el día 24 de marzo de 2020, la empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, suspendió el contrato de trabajo, sin tener en cuenta que se encontraba en estado de embarazo y a su vez incapacitada por la patología mencionada, esto bajo el argumento de la emergencia sanitaria COVID 19 y únicamente se iba a efectuar los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Resaltó que es madre cabeza de familia, tiene dos hijos menores de edad, no obstante dicha situación la empresa no ha efectuado el pago de las incapacidades, no la licencia de maternidad, situación que afecta su mínimo vital, pues no cuenta con ningún ingreso para asumir los costos de sus necesidades básicas.

Finalmente realizó un recuento de las circulares emitidas por el Ministerio de Trabajo, en las cuales se busca proteger a los trabajadores y se implementan medidas de trabajo en casa o diferentes alternativas para evitar despidos masivos, no obstante la empresa accionada no tuvo en cuenta dichas directrices y suspendió su contrato de trabajo, con el agravante que se encontraba en estado de embarazo, así las cosas a su juicio la conducta desplegada por la empresa, vulnera sus derechos fundamentales.

PRETENSIONES

Solicita se tutelen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, trabajo y estabilidad laboral reforzada, como consecuencia de ello, se ordene a **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, lo siguiente:

- Realizar de manera inmediata el pago de las incapacidades efectuadas desde el 8 de octubre de 2019 y la licencia de maternidad comprendida desde el 4 de mayo al 6 de septiembre de 2020.
- Se abstenga de incurrir en situaciones similares que afecten los derechos fundamentales.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 1º de julio del año en curso este Despacho admitió la acción de tutela presentada por **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** contra la empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, trabajo y estabilidad laboral reforzada.

De igual forma este Juzgado dispuso vincular de manera oficiosa corriéndole traslado de la demanda con sus anexos a **NUEVA E. P. S., SURA A. R. L. y MINISTERIO DE TRABAJO**, para integrar el debido contradictorio.¹

RESPUESTAS DE LAS PARTES ACCIONADAS

APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.

Mediante escrito recibido por esta oficina judicial el pasado 7 de julio hogaño, el representante legal de la empresa, en primera medida sostuvo que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no existen vacíos en cuanto a la determinación de los responsables del pago de incapacidades, esto en concordancia con el artículo 161 numeral 2 literal a de la Ley 100 de 1993 así como en el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016.

Bajo esa normatividad, expreso que **NUEVA E. P. S.** en su calidad de entidad promotora de salud a la cual está afiliada la accionante, debe asumir el pago de las incapacidades de origen común desde el tercer día, aunado a ello aseguró que la empresa ha cumplido con el pago de aportes a salud de la accionante lo cual se acreditara con la constancia de aportes, así mismo radicó las incapacidades ante la E. P. S, para el reconociendo de pago a la trabajadora.

Señaló que pese a que la **NUEVA E. P. S.** negó el pago de las dos primeras incapacidades (11 de septiembre a 13 de septiembre de 2019 y 8 de octubre a 14 de octubre de 2019, la empresa pago el valor completo de la primera incapacidad de los dos primeros días de la segunda incapacidad. Así las cosas adujo que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que le corresponde a **NUEVA E. P. S.**, asumir estos pagos.

Finalmente indica que se opone a todas y cada una de las pretensiones presentadas por la ciudadana, como quiera que no han vulnerado los derechos

¹ Folio 41, cuaderno original

fundamentales, pues la obligación de efectuar el pago de las incapacidades recae sobre la **NUEVA E. P. S.** conforme a la normatividad vigente.²

NUEVA E. P. S.

En escrito allegado vía correo electrónico, la entidad promotora de salud, informó que la accionante se encuentra en estado activo, régimen contributivo y relacionó las incapacidades que han sido pagadas a la trabajadora y mencionó que la E. P. S. reconoció el valor directamente al aportante de acuerdo con la normatividad legal vigente, por lo tanto no es posible efectuar un doble pago, así las cosas el encargado de efectuar los pagos es la empresa.

Declaró que la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento de derechos económicos así como el carácter residual y subsidiario de la tutela. Y las reglas sobre el reconocimiento de incapacidades de origen común.

Respecto al reconocimiento de la licencia de maternidad, expresó que la empresa empleadora **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, no efectuó las cotizaciones de manera oportuna y adicionalmente se evidencia que se presentó el servicio médico y el correspondiente pago de incapacidades durante el tiempo de mora en el pago de cotizaciones. Teniendo en cuenta estos argumentos solicita negar la actuación y ser desvinculados del trámite.³

SURA A. R. L.

La entidad vinculada sostuvo que la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** no cuenta con siniestros de origen laboral aceptados y teniendo en cuenta los hechos narrados por la ciudadana se evidencia que las contingencias por las cuales reclama las prestaciones son de origen común, por lo que solicitan ser desvinculados del trámite como quiera que no han vulnerado derecho fundamental alguna de la peticionaria.⁴

² Folios 73-74, cuaderno original.

³ Folios 59-55, cuaderno original

⁴ Folios 81-82, cuaderno original.

MINISTERIO DE TRABAJO

En escrito allegado el 3 de julio hogaño, el Director Territorial de Bogotá asignado de la entidad vinculada expuso que, al no tener vínculo directo con la accionante, procederá a abstenerse de pronunciarse sobre los hechos planteados en la solicitud del amparo, al carecer de elementos de juicio para corroborar lo manifestado por la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** y por no estar legitimado en la causa por pasiva.

Realizó un recuento normativo sobre las funciones administrativas de la entidad, la licencia de maternidad las medidas tomadas por el Ministerio del Trabajo respecto a la emergencia del COVID 19 y sobre las incapacidades de origen laboral. Así las cosas, solicita se declare improcedente la actuación por falta de legitimación y en consecuencia, exonerarlo de cualquier responsabilidad que se le endilgue dado que no ha vulnerado o puesto en peligro derecho fundamental alguno.⁵

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** aportó la siguiente información documental:

- a. Copia de cédula de ciudadanía número 1.026.576.521 perteneciente al accionante.
- b. Copia de tarjeta de identidad de su menor hijo.
- c. Copia de documento de suspensión de contrato de trabajo, de fecha 24 de marzo de 2020.
- d. Copia de registro civil de nacimiento del menor hijo.
- e. Copia del certificado de nacido vivo
- f. Copia de Licencia de maternidad.
- g. Copia de resumen de historia clínica.
- h. Copia de incapacidades médicas.

2. **LA NUEVA E. P. S.** allegó las siguientes pruebas documentales:

⁵ Folios 64-72, cuaderno original

- a. Copia de notificaciones de pago por transferencia electrónica de prestaciones económicas a la empresa A. G. A. Soluciones limitada.
- b. Copia de notificaciones de pago por transferencia electrónica de prestaciones económicas a la empresa Apoyamos procesos temporales S. A. S.
- c. Copia de certificado de incapacidades de la accionante.
- d. Certificado de existencia y representación legal.

3. La empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.** allegó las siguientes pruebas documentales:

- a. Copia certificado de existencia y representación legal.
- b. Copia de certificado de aportes al sistema general de seguridad social
- c. Copia de historial de incapacidades del afiliado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sede Judicial para resolver la solicitud de tutela por tratarse la accionada de una entidad particular encargada de prestar el servicio público de salud.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia⁶

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida como un mecanismo de defensa judicial para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley establece. Este mecanismo prevé un procedimiento preferente y sumario, destinado a brindar protección inmediata⁷

⁶ Sentencia T-311 de 1996

⁷ Sentencia T- 1233 de 2008

A su vez, esta acción fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir, sólo puede ser ejercida en aquellos eventos en los cuales el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría la vulneración de derechos fundamentales sí, con el ejercicio de los mecanismos ordinarios, no se lograra la protección efectiva de los derechos conculcados⁸.

Debido a la naturaleza jurídica de esta acción, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para lograr el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como las incapacidades, pues se ha considerado que las controversias de carácter litigioso deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria, toda vez que existen otras vías judiciales para reclamar tales derechos y no es el juez constitucional la autoridad judicial competente para ello.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues éste debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta⁹

Bajo este contexto, y solo de manera excepcional, la Corte ha establecido que la acción de tutela es procedente en aquellos casos en los que se requiera, de manera inmediata, la protección de derechos fundamentales, a través del reconocimiento y pago de incapacidades laborales. En estos casos, la Corte ha indicado que a pesar de que exista una vía judicial de carácter ordinario, la procedencia de la acción de tutela se justifica en la medida en que con ella se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ello teniendo en cuenta que con el pago de esta prestación no solo se garantiza la efectiva protección de los derechos fundamentales de quien los reclama, sino, en muchos casos, el amparo de los derechos de las personas que dependen económicamente de este¹⁰

De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y por tanto se justifica la presentación de la acción de tutela, por cuanto las incapacidades sustituyen el salario del trabajador durante el tiempo en el que este, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Así las cosas, en esos eventos, habría lugar a su protección por vía de tutela, al constituir el reconocimiento del subsidio la única fuente de ingresos para garantizar la subsistencia. Al respecto la Corte ha manifestado lo siguiente:

El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedades debidamente certificadas, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de

⁸ Sentencia T-920 de 2009

⁹ Sentencia T-080 de 2008

¹⁰ Sentencia T-726 de 2007

manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Frente a lo que tiene que ver con el pago de la incapacidad causada por enfermedad general, la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“cuando dicho pago sustituye al salario del trabajador durante el tiempo de cese de actividad laboral y económica, constituye su única fuente de ingresos en ese periodo. **Se colige entonces que el no pago de la incapacidad por enfermedad general acarrea, bajo esas circunstancias, la pérdida de ingresos para un trabajador inactivo por enfermedad debidamente comprobada; y por ende que el sujeto de derecho que omite dicho pago vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del trabajador incapacitado. Por tal motivo procede la tutela, en aras de salvaguardar el derecho amenazado”**¹¹.*

(Negritas fuera del texto original)

De las incapacidades por enfermedad de origen común¹²

*Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001¹⁸⁰, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad**.*

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

*ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

Procedencia del pago de licencia de maternidad

¹¹ Ibidem

¹² Sentencia T-161-2019

Frente a la licencia de maternidad, el Despacho se permite recordar que ésta tiene como fin principal la protección integral de la mujer trabajadora en estado de embarazo - antes y después del parto -, al igual que garantizar la protección del *nasciturus* los primeros meses de vida. Luego, la aludida prestación tiene una doble finalidad, por una parte, la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto; y por otra, la de asegurar la protección de la niñez. Así, ha expresado la Corte Constitucional, en pacífica y reiterada jurisprudencia:

“... la licencia de maternidad constituye el salario que la nueva madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar -incapacitada-, al cuidado del menor y que, por lo tanto, es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas junto con el recién nacido; de manera pues que, si el mínimo vital de la madre y el de su hijo dependen del pago de esa licencia, ésta ya no puede verse como un derecho de rango legal, cuyo conflicto se ventila ante la justicia laboral, sino que adquiere relevancia constitucional.

En efecto, la falta de pago de la licencia de maternidad puede vulnerar el derecho fundamental a la vida digna tanto de la madre como del recién nacido, cuando de ese pago depende su sustento, de manera que la acción de tutela procede de manera excepcional y subsidiaria a fin de obtener la orden de pago, pues de ser reclamado por otro medio de defensa judicial -acción laboral-, éste no resultaría eficaz para la protección del mínimo vital de la madre y del niño.

En ese orden de ideas, la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos prestacionales, como la licencia de maternidad, se basa y está condicionada por la teoría elaborada por la jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital, que parte de la base de que ‘ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la madre trabajadora y del niño que está o acaba de nacer, la acción de tutela es el mecanismo procedente’.¹³”

Más recientemente dicha Corporación señaló las siguientes reglas para la procedencia de la acción de tutela frente a este específico aspecto:

1. La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, 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, conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto.

2. El Estado debe propender hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en

¹³ Sentencia T-1168 2005.

sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios esenciales de la fórmula política acogida en el artículo 1 Superior. La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano.

3. La regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la jurisprudencia constitucional “[n]o 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, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia”.

4. Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño.

5. En los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.” Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.

6. El derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la E.P.S. rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”

7. Cuando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto. En efecto, el juez de tutela tiene un deber oficioso que no puede limitarse a la valoración aislada del acervo probatorio que se aporte, sino que debe además analizar la situación particular de la accionante.

8. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.

9. La negligencia de las entidades promotoras de salud en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en los contratos bilaterales se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido. De allí que los pagos extemporáneos recibidos, sin objeción, por la E.P.S. configure un allanamiento a la mora.

10. En aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.¹⁴

CASO CONCRETO

En la presente actuación se tiene que la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** se encontraba vinculada laboralmente con la empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, así mismo está afiliada al Sistema General de Seguridad Social a través de **NUEVA E. P. S.** en calidad de cotizante y acreditó que debido a una enfermedad de origen laboral se le han prescrito varias incapacidades médicas desde el 8 de octubre de 2019 al 2 de mayo de 2020, adicionalmente se encontraba en estado de embarazo y el día 4 de mayo inició su licencia de maternidad por un término de 126 días.

Aseveró la ciudadana que a la fecha no se le ha efectuado el pago de estas incapacidades y tampoco el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, situación que considera grave porque es madre cabeza de familia y actualmente no cuenta con ningún ingreso económico, para subsistir las necesidades básicas de su núcleo familiar.

NUEVA E. P. S., informó cuales son las incapacidades médicas que fueron autorizadas a la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** para el

¹⁴ Sentencia T-1062 de 2012

correspondiente pago, así como el desembolso que se efectuó a la empresa, para el pago. Respecto a la licencia de maternidad refirió que el empleador **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, no realizó las cotizaciones de manera oportuna, razón por la cual solicita se niegue la acción de tutela.

De otra parte, la empresa **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.** Sostuvo que ha cumplido con el pago de aportes a salud de la accionante, así como con el deber de radicar las incapacidades medidas ante la E. P. S. para su reconocimiento, por ello ha cumplido con todas y cada una de sus obligaciones, es deber entonces de la **NUEVA E. P. S.**, reconocer las incapacidades que hacen falta desde el mes de febrero de 2020 y la licencia de maternidad.

En primera medida se advierte que **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** aseguró que la falta de pago de las incapacidades médicas afecta su mínimo vital, como quiera que actualmente no tiene ningún ingreso económico. En otros términos el reconocimiento del pago de las incapacidades médicas resulta necesario para cubrir los gastos y necesidades básicas de la demandante.

Así las cosas es pertinente traer a colación los lineamientos jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha emitido al respecto.

“(...) con el pago de esta prestación no solo se garantiza la efectiva protección de los derechos fundamentales de quien los reclama, sino, en muchos casos, el amparo de los derechos de las personas que dependen económicamente de este, por cuanto las incapacidades sustituyen el salario del trabajador durante el tiempo en el que este, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Así las cosas, en esos eventos, habría lugar a su protección por vía de tutela, al constituir el reconocimiento del subsidio la única fuente de ingresos para garantizar la subsistencia.”¹⁵

En ese orden de ideas, al constituirse el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas en el salario que devenga mensualmente la señora

¹⁵ Sentencia T- 727-de 2011

JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO, su no reconocimiento pone en riesgo el derecho fundamental al mínimo vital del que es titular ella y su núcleo familiar.

Debe tenerse en cuenta que si bien la **NUEVA E. P. S.**, informó que ha efectuado el pago de algunas incapacidades médicas, pero las restantes no le corresponde asumir el reconocimiento, este Despacho al verificar las pruebas allegadas al plenario, observa que las incapacidades que datan desde el 8 de octubre del 2019 al 31 de enero de 2020, ya fueron canceladas a la señora **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO**, teniendo en cuenta la notificación de pago por transferencia electrónica efectuada por la **E. P. S.** a la empresa ¹⁶, situación que fue corroborada con el historial de estados de pago¹⁷ que allegó **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**

Ahora bien, las incapacidades mencionadas ya fueron canceladas y de acuerdo con la normatividad vigente fueron asumidas como correspondía por la **NUEVA E. P. S.**, no obstante se encuentra pendiente el reconocimiento de las siguientes incapacidades: i) 28/02/2020 al 02/03/2020¹⁸, ii) 03/03/2020 al 01/04/2020¹⁹, iii) 02/04/2020 al 16/04/2020²⁰, iiiii) 17/04/2020 al 01/05/2020²¹.

En lo que respecta a la licencia de maternidad, la **NUEVA E. P. S.**, afirmó que el empleador **APOYAMOS PROCESOS TEMPORALES S. A. S.**, no realizó las cotizaciones de manera oportuna, sin embargo al evidenciar la planilla de certificado de aportes, se tiene que la empresa, efectuó los aportes ininterrumpidamente desde el mes de septiembre de 2019 hasta julio de 2020²², lo cual indica que **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** cotizó de manera continua nueve meses anteriores a la fecha de parto.

En igual medida es importante resaltar que el afán por reclamar esta prestación social, se contrae básicamente a garantizar el mínimo vital de la afectada y de su menor hijo.

La Corte Constitucional sobre el particular ha expresado que *“La licencia de maternidad constituye el salario que la nueva madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar -incapacitada-, al cuidado del menor y que,*

¹⁶ Folio 59-61, cuaderno original

¹⁷ Folio 86, cuaderno original.

¹⁸ Folio 25, cuaderno original.

¹⁹ Folio 27, cuaderno original

²⁰ Folio 29, cuaderno original

²¹ Folio 28, cuaderno original

²² Folio 75-76, cuaderno original.

por lo tanto, es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas junto con el recién nacido (...)”²³. Es necesario recordar que la ciudadana informó que el no pago de la licencia de maternidad, así como las incapacidades médicas, la perjudica económicamente porque de su reconocimiento depende la obtención de recursos para su subsistencia y la de su menor, ya que no cuenta con otros ingresos adicionales.

Entonces, considerando que es necesario acoger el criterio decantado por el Máximo Tribunal Constitucional, a **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** se le deberá reconocer el pago total de la licencia de maternidad, de fecha 04/05/2020 al 06/09/200 para un total de 126 días²⁴, en vista que la accionante lleva cotizando ininterrumpidamente nueve meses anteriores a la fecha del parto, así debe interpretarse para el caso concreto lo que la Corte Constitucional ha aclarado en cuanto al pago de la licencia de maternidad:

*“En aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad”*²⁵

Bajo ese contexto, la renuencia de la **NUEVA E. P. S.** a no pagar la licencia de maternidad a la accionante y las incapacidades médicas mencionadas, vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la ciudadana y su hijo, - *sujetos de especial protección*-, pues como se mencionó anteriormente dicho pago está establecido como el mínimo vital que requiere la madre y su menor para su sustento.

Corolario de lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO**, en consecuencia se le ordenará al Representante Legal de **NUEVA E. P. S.**, o a quien haga sus veces, que de inmediato y a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, cancele las incapacidades medicas de fechas: i) 28/02/2020 al 02/03/2020²⁶, ii) 03/03/2020 al 01/04/2020²⁷, iii) 02/04/2020 al 16/04/2020²⁸, iiii) 17/04/2020 al

²³ Sentencia T-1168 2005.

²⁴ Folio 13, cuaderno original

²⁵ Sentencia T-1062 de 2012

²⁶ Folio 25, cuaderno original.

²⁷ Folio 27, cuaderno original

²⁸ Folio 29, cuaderno original

01/05/2020, prescritas por el médico tratante. Así mismo, realice el pago total de la licencia de maternidad, correspondiente a 126 días.

Por último, es pertinente resaltar que conforme a lo señalado en la sentencia T-760 de 2008, no corresponde al juez de tutela hacer mención a la posibilidad o no de recobros ante el **ADRES (ANTES FOSYGA)** o ante el ente territorial, según cada caso. Por ende, se debe tener en cuenta que la **E. P. S.** está en la libertad de realizar los recobros que estime procedentes ante el respectivo ente conforme la reglamentación administrativa que rige la materia. Como quiera que ese eventual trámite administrativo de recobro es ajeno a la tutela, no puede considerarse que para integrar el *litis consorcio* debía vincularse a la entidad destinataria de esa solicitud de pago²⁹.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de **JESLITD PAOLA TELLEZ ESPEJO** de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **NUEVA E. P. S.**, o a quien haga sus veces, que de inmediato y a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, cancele las incapacidades medicas de fechas: i) 28/02/2020 al 02/03/2020³⁰, ii) 03/03/2020 al 01/04/2020³¹, iii) 02/04/2020 al 16/04/2020³², iiii) 17/04/2020 al 01/05/2020, prescritas por el médico tratante, prescritas por el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR al representante legal de **NUEVA E. P. S.**, o a quien haga sus veces, que de inmediato y a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice el pago total de la licencia de maternidad, correspondiente a 126 días, la cual fue

²⁹ Ver, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Tutela 27658 del 10 de octubre de 2006; o de la misma Corporación T- 29327 del 30 de enero de 2007 y Corte Constitucional Auto 193 de 2011.

³⁰ Folio 25, cuaderno original.

³¹ Folio 27, cuaderno original

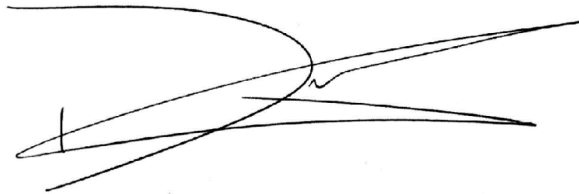
³² Folio 29, cuaderno original

prescrita por el médico tratante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: INFORMAR a las partes que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión, sea remitida la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y una vez se adelante dicho trámite proceder al archivo de las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the printed name and title.

DAVID SAMUEL GRANADOS MAYA
JUEZ