

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEGUNDO (2º) CIVIL MUNICIPAL

Floridablanca, septiembre ocho (8) de dos mil diecisiete (2017)

#### ASUNTO

Proferir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia.

#### I. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL Y HECHOS RELEVANTES

La ciudadana Smith Méndez Niño, interpuso demanda de tutela, la cual fue entregada en este Despacho el 28 de agosto de 2017, para que se amparen sus derechos fundamentales [vida en condiciones dignas, la salud y el mínimo vital], que consideró violados por la EPS Cafesalud, la cual se negó a pagarle su licencia de maternidad argumentando que no se cumplen con los requisitos exigidos según el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, referentes a haber cotizado de forma completa e ininterrumpida durante el periodo de gestación y además, que por cotizar de manera dependiente no aplica para el pago proporcional.

#### II. TRÁMITE ADELANTADO Y RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES INVOLUCRADAS

2.1. El 28 de agosto este Juzgado avocó conocimiento, ordenó correr traslado a la entidad accionada y vinculó de oficio a MEDIMAS EPS y AFISALUD Servicios Integrales SAS.

2.2. El 4 de septiembre AFISALUD Servicios Integrales S.A.S. por intermedio de su Gerente manifestó que no es la empleadora de la accionante, sino su labor consiste en servir de intermediario al momento del pago de los aportes, por lo cual solicitó su desvinculación. Dijo estar de acuerdo con las pretensiones de la tutela.

2.3. Por su parte MEDIMAS EPS dio cuenta que a partir del 1º de agosto de 2017 los afiliados de Cafesalud EPS pasaron a dicha entidad. Así, mediante Resolución 2426 de 2017 fue habilitada MEDIMAS para prestar el servicio de salud. De este modo, las prestaciones económicas que tuvieron como origen la afiliación a Cafesalud EPS hoy en reorganización, se deben reclamar a tal entidad y no a MEDIMAS. Dentro de su respuesta insertó el capítulo de preguntas y respuestas que en su página figura sobre el particular.

2.4. Vencido el término otorgado, Cafesalud E.P.S. no se pronunció frente al traslado.

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

2.5. Con el trámite antes indicado este Despacho estima integrado debidamente el contradictorio<sup>1</sup>.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Competencia

Este Juzgado es competente para conocer de la presente actuación de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, en consonancia con las reglas de reparto previstas en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

#### 3.2. Problemas jurídicos.

¿Se dan en esta tutela los presupuestos para ordenar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad por violación de derechos fundamentales?

3.3. Requisitos para que la tutela proceda de manera excepcional para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; Aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

3.3.1. Requisitos para que la tutela proceda de manera excepcional para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

La Honorable Corte Constitucional ha fijado claramente las pautas o puntos insoslayables para que la tutela proceda de manera excepcional, en aras de ordenar el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, para garantizar los derechos fundamentales al mínimo vital y protección especial a la maternidad. Ellos son (ver, entre otros, sentencia T-1223 de 2008):

*Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad fueron descritos antes y pueden resumirse en los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.*

*...cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS demandada no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que **la entidad accionada se allanó a la mora** del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer.*

*...  
Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo, **cuando el salario es su única fuente de ingreso y no ha transcurrido más de un***

<sup>1</sup>Dicha aseveración surge porque la Honorable Corte Constitucional en Auto 059 de 2011 estableció cuál es la fórmula que debe aplicarse cuando el Juez de segunda instancia considere que el A quo omitió vincular alguna entidad que se pudiera ver afectada con la decisión. Dijo la Corte que lo procedente era que el Ad quem resuelva la impugnación vinculando a la entidad que hubiese echado de menos y no decretar la nulidad de lo actuado, esto en aras de evitar dilaciones injustificadas.

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

*año desde el nacimiento del menor. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción” (Resaltado fuera de texto)*

La sentencia en mención, también hace referencia a la regulación normativa para la eventual compensación ante el FOSYGA (hoy ADRES) de los pagos por licencia de maternidad.

En similar sentido puede apreciarse el contenido de la sentencia T-216 de 2010, en la cual se reitera que la EPS se allana a la mora cuando recibe los pagos sin hacer salvedad alguna.

En lo relacionado con el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, tenemos:

*Artículo 3º. Periodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos mínimos de cotización:*

1. *Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.*

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

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

*(...)*

Al respecto, la H. Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de los que se refieren (i) al tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación y (ii) al pago oportuno de las cotizaciones al sistema de salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Frente al cumplimiento del tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, la H. Corte Constitucional ha señalado que este requisito no puede ser aplicado de manera absoluta desconociendo el caso particular de cada solicitante. Al respecto esa Corporación ha dicho:

*“...así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.”*

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

También es importante destacar que en la sentencia T-781 de 2008, la Corte estableció que debía pagarse de manera proporcional la licencia por maternidad en aquellos casos donde se dejó de cotizar durante el embarazo un periodo mayor a dos (2) meses.

### 3.3.2. Aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-825 de 2008, reiterada en sentencia T-580 de 2010, al referirse al contenido del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 que hace mención a la presunción de veracidad de los hechos cuando la entidad no se pronuncia, subrayó que ello se debe a la necesidad de resolver con prontitud esta clase de asuntos.

También es un desarrollo a los principios de inmediatez y celeridad, con lo que de paso se sanciona el desinterés o negligencia de la autoridad pública o del particular.

A lo anterior, súmese, que en aras de garantizar el derecho de defensa, corresponde al Juez Constitucional verificar que la respectiva entidad fue en verdad enterada del trámite.

### 3.4. Caso concreto.

Contrastado el presente caso con los parámetros legales y jurisprudenciales referidos, para el Despacho debe conceder el amparo solicitado, por las razones que a continuación se señalan:

Antes, es necesario indicar que no se hará mayor valoración respecto de la empresa AFISALUD Servicios Integrales S.A.S y MEDIMAS EPS, pues para lo que interesa en este caso, se estima que es la EPS Cafesalud la llamada a pagar la incapacidad por licencia de maternidad, pues MEDIMAS EPS asumió los servicios de salud a partir del 1º de agosto de 2017 y el caso de la actora versa sobre una prestación cuyo origen se remonta a la afiliación con la accionada.

La accionada guardó silencio durante el trámite tutelar, dando lugar a que se configure la presunción de verdad, es decir, que se tendrán por ciertos todos y cada uno de los hechos narrados por la accionante.

Se aprecia entonces que con el fin de garantizar el derecho de defensa de la accionada, se le remitió el oficio 2158 del 28 de agosto mediante el cual se le comunicó el inicio del trámite adjuntando copia de la demanda y se concedió un plazo de 2 días hábiles para que se pronunciara. Al momento de proferir este fallo y estando más que vencido el plazo dado, la accionada NO allegó respuesta alguna. Es necesario dejar constancia que el citado oficio fue remitido en la misma fecha al correo institucional de la accionada, pues en el anverso figura la impresión respectiva, es decir que no podrán alegar el desconocimiento de este trámite en su contra.

Retomando las consideraciones, la condición de afiliada de la ciudadana Smith Méndez Niño al régimen contributivo con la EPS en calidad de cotizante-dependiente, se encuentra plenamente acreditada en el expediente con el contenido de la tutela y sus anexos y la respuesta de Afisalud Servicios Integrales S.A.S. Por ende, de lo anterior no se hará mayor elucubración al no existir controversia al respecto.

Tutela : 2017-00491 (concede)

Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.

Accionada : Cafesalud E.P.S.

Así, se entrará a verificar si la accionante cumple o no con el número de semanas cotizadas de acuerdo con los lineamiento planteados por la H. Corte Constitucional, con el fin de determinar si el pago de la licencia de maternidad debe realizarse sobre la totalidad o proporcional al periodo de gestación, advirtiendo que está de por medio su mínimo vital y por ende, sería ilógico pensar que no le asiste derecho al reconocimiento de tal erogación.

En el caso sub examine se puede corroborar a todas luces con la documentación allegada al expediente (folios 6 al 13.), que la señora Smith Méndez Niño, cotizó ininterrumpidamente, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, es decir, venía cotizando desde noviembre de 2016 hasta junio de 2017 y el parto ocurrió el 11 de abril de 2017; lo que indica que cotizó seis meses anteriores al alumbramiento, por lo que en un principio, cumple con uno de los requisitos establecidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS Cafesalud, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad.

Ahora bien, es claro, que la accionante no cotizó a la EPS durante todo el periodo de gestación, es decir, cotizó solamente seis meses. Al respecto, la corte sostuvo en sentencia T-206 de 2007, que *“entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”* y en el caso que nos ocupa la accionante no cotizó durante tres meses de su periodo de gestación, por lo que sería acreedora al pago proporcional de la licencia de maternidad.

Se concluye entonces que no es aceptable el argumento de la EPS (anterior al trámite de la tutela) que la accionante al no haber cotizado ininterrumpidamente durante el periodo de gestación, niegue el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad, pues como ya se dijo anteriormente y como está demostrado dentro del paginarlo, la accionante cotizó de forma ininterrumpida seis meses anteriores al momento del nacimiento de su hija. Tampoco es de recibo su manifestación que como la accionante cotizaba de manera dependiente no aplica para el pago proporcional, porque como lo ha sostenido la corte para que se ordene el pago proporcional de la licencia de maternidad, el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización fuese superior a dos meses, y en este caso fue de tres meses, por lo que se cumple el requisito para su pago proporcional al tiempo que efectivamente cotizó durante el embarazo.

En cuanto al requisito del pago oportuno y completo de las cotizaciones al sistema, la corte ha aplicado la figura del allanamiento a la mora, que consiste en la imposibilidad de que la EPS niegue el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, bajo el entendido de que ésta, implícitamente, ha aceptado los pagos de salud, cuando el empleador o la cotizante independiente los ha realizado de forma tardía, sin que la entidad rechace la cotización, o se haya abstenido de hacer requerimiento alguno.

Se destaca lo anterior, por cuanto al momento del nacimiento de la hija de la accionante, dicha señora contaba con seis pagos de treinta días. Aquí la EPS reconoció implícitamente que se allanó a la mora, en tanto que no figura ni hizo mención a requerimiento alguno hacia la cotizante, por lo que al aceptar lo anterior no puede ahora alegar a su favor su propia culpa, y menos hacer cargar sus consecuencias negativas a la actora.

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

Dicho de otro modo o en palabras de la corte, *siguió recibiendo los aportes de forma normal*, es decir, que aceptó esa mora por lo que no puede negarse al reconocimiento de la licencia, dado que -se insiste- no hay evidencia que la EPS haya requerido a la actora para que hiciera los pagos que faltaban o los hubiera rechazado.

Ahora bien, por regla general la jurisprudencia ha establecido como requisito para la procedencia excepcional de la tutela en estos casos que la accionante devengue o cotice sobre un salario mínimo o que su trabajo sea su única fuente de ingreso, requiriéndose siempre que no haya pasado más de un año desde el nacimiento del menor. Pues bien, ya se destacó que la EPS se allanó a la mora, por lo que debe señalarse ahora que se trata de una persona que devenga un salario mínimo, hecho este que se corrobora directamente con la accionante, quien a través de llamada telefónica (folio 50), menciona que sus ingresos los obtiene trabajando desde su casa en confecciones y que son en promedio \$600.000,00 mensuales pero que actualmente no está laborando por el nacimiento de su hija y está dependiendo únicamente del salario de su esposo, quien devenga un salario mínimo, situación que no fue desvirtuada por la accionada.

De este modo, existe una vulneración del derecho al mínimo vital y a la salud de la madre y de la menor recién nacida, puesto que en palabras de la misma corte, el no pago de la licencia de maternidad afecta su subsistencia, ya que dicho ingreso es el sustento económico con el que cuenta la madre y el menor recién nacido durante el tiempo en que se encuentra sin laborar. Con respecto a la acreditación del otro requisito para la procedencia de la tutela: no haber transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor, esta situación se evidencia con el certificado de licencia o incapacidades (folio 14).

En consecuencia, se concederá el amparo reclamado por afectación al mínimo vital, la vida en condiciones dignas y la salud, debiendo la EPS pagar a la accionante de manera proporcional a los meses cotizados durante el embarazo, la licencia de maternidad a que tiene derecho.

En este orden de ideas, baste lo hasta aquí considerado para reiterar la procedencia de la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo (2º) Civil Municipal de Floridablanca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### IV. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y protección especial a la maternidad de la ciudadana Smith Méndez Niño, identificada con cédula de ciudadanía nro. 63.535.850.

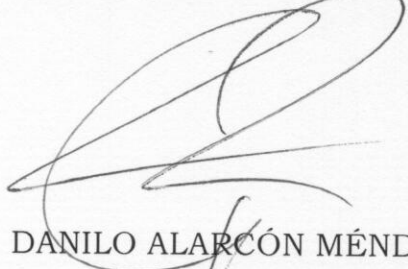
SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la EPS Cafesalud que debe proceder dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de este fallo a pagar a la accionante Smith Méndez Niño, de manera proporcional, la licencia de maternidad que le negó, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: INFORMAR a las partes que el presente fallo es impugnabile dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

Tutela : 2017-00491 (concede)  
Accionante : Smith Méndez Niño identificada con c.c. 63.535.850.  
Accionada : Cafesalud E.P.S.

CUARTO: En caso de que este proveído no fuere impugnado, REMITIR a la Honorable Corte Constitucional el expediente, para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DANILO ALARCÓN MÉNDEZ  
Juez



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia