

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Floridablanca, mayo veintiocho (28) de dos mil diecinueve (2019)

I. ASUNTO

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

II. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL Y HECHOS RELEVANTES

El 15 de mayo, la señora Erika Marcela Sarmiento Martínez, instauró acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital por parte de Gold RH SAS y Coomeva EPS, por cuanto esta última le ha negado el pago de la licencia de maternidad correspondiente a 119 días, bajo el siguiente argumento: *“la cartera que genera la negación de la licencia en mención corresponde a los periodos de JUNIO, JULIO, AGOSTO DE 2017 y ENERO, FEBRERO DE 2018, sin pago a la fecha”*. La fecha del parto es 18 de diciembre de 2018.

Agrega además que el 16 de abril solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud el reconocimiento de la licencia de maternidad, sin que obre respuesta al respecto.

Por lo anterior, solicita que se ordene a Coomeva EPS y Gold RH SAS el reconocimiento y pago de la totalidad de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

III. TRÁMITE ADELANTADO

3.1. El 15 de mayo, este juzgado avocó conocimiento de la presente acción, vinculó de oficio a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Administradora de los Recursos del SGSSS – ADRES y ordenó correr traslado a las entidades accionadas y vinculadas para que ejercieran su derecho de defensa.

3.2. El 20 de mayo, Coomeva EPS a través de la Analista Regional Jurídica, dice en su respuesta que aunque la accionante tiene derecho a pago completo de la licencia de maternidad, no es procedente el reconocimiento del subsidio económico por cartera del empleador GOLD RH SAS con deuda mayor a 30 días por el no pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, la cual se encuentra vigente o no fue pagada antes de la fecha de inicio de las incapacidades y/o licencia de maternidad, por lo tanto, los salarios a la empleada debieron ser pagados por el empleador según la normatividad vigente, sin afectar su mínimo vital.

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

Menciona además que el tiempo que ha transcurrido desde la presunta vulneración de derechos, hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, hace presumir que la accionante no se encuentra frente a un perjuicio cierto, grave e inminente.

También alega falta de legitimidad en la causa por pasiva, pues considera que la vulneración de derechos obedece a la mora por parte del empleador en el pago de aportes.

Por lo expuesto solicita declarar la improcedencia de la presente acción.

3.3. Gold RH SAS en su respuesta se opone a todas las pretensiones, pues señala que ha venido reconociendo a la trabajadora la licencia de maternidad basada en su salario básico más las comisiones, por lo cual no han afectado su mínimo vital.

Agrega además que como la accionante tiene salario variable, es deber de Coomeva EPS indicar el valor a reconocer por licencia de maternidad teniendo en cuenta los IBCS sobre los cuales se ha cotizado.

3.4. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de ADRES, dice que en este caso se configura falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta relacionada con los hechos objeto del análisis, por cuanto la obligación de ADRES con respecto al pago de licencias inicia una vez las EPS o entidades obligadas presentan las mismas para su reconocimiento y pago, y en el caso concreto dicha situación no ha ocurrido.

3.5. El Asesor del despacho del Superintendente Nacional de Salud, alega falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud.

Con respecto a la PQRD interpuesta por la accionante, señala que el 29 de abril se puso en conocimiento el caso de la usuaria y se procedió dar traslado a Coomeva EPS para que se pronuncie sobre los hechos objeto de la denuncia y el 7 de mayo la EPS indica: *“Se valida en nuestros sistemas la clase de aportante que representa, en este caso trabajadora dependiente, y verificándose que la licencia se encuentra sin derecho a reconocimiento económico debido al incumplimiento por parte del aportante de la normatividad que rige el Sistema para acceder a este beneficio, en este caso lo establecido en los artículos 1,2 y 4 del Decreto 1670 de 2007, dado que los aportes no han sido cancelados a la fecha legalmente establecida, presentando cartera actual. Es de aclarar que la cartera que genera la negación de la Licencia en mención corresponde a los períodos junio, julio, agosto de 2017, enero, febrero de 2018, sin pago a la fecha”*.

3.6. El 27 de mayo por secretaría se establece comunicación telefónica con la accionante, quien dijo que durante la licencia de maternidad su empleador GOLD RH SAS le pagó el valor de un salario mínimo más las

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

comisiones, pero como su salario es variable, necesita que Coomeva EPS le reconozca y liquide el valor de la incapacidad para que su empleador le cancele el excedente y por eso acudió a la tutela.

3.7. Con el trámite antes indicado este Despacho estima integrado debidamente el contradictorio. Al respecto, 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 en dicha providencia 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.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. 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 Decreto 1983 de 2017.

4.2. Problema jurídico.

¿La EPS vulnera derechos fundamentales cuando no paga una licencia de maternidad pero sí lo hace el respectivo empleador?

4.3. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de licencia de maternidad; Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad; Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad.

4.3.1. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de licencia de maternidad.

La Corte Constitucional en la sentencia T -503 de 2016 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló:

“ ...

6.1. “En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios¹. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable². De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento³; y

¹ Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

² Sentencia T-368 de 2009.

³ Ídem.

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo⁴.

6.2. Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁵.

6.3. En los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos⁶.

6.4. Así mismo, la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención⁷.

6.5. Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela⁸, más aun cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño. ...”

4.3.2. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad.

La Corte Constitucional en la sentencia T-278 de 2018 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, dijo:

“ ...

12. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta

⁴ Sentencia T-475 de 2009.

⁵ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “*el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. (...)La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica*”.

⁶ Sentencia T-728 de 2014.

⁷ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

⁸ T-139 de 1999.

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto⁹.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, 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 vital¹⁰.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido¹¹.

En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento¹².

13. Estos requisitos, según el artículo 1º de la **Ley 1822 del 4 de enero de 2017**¹³ son los siguientes:

*“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, **la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Por su parte, el parágrafo 2º de dicho artículo señala que el esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. Además, preceptúa que el **“único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento”** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

¹⁰ Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² En relación con el requisito de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, consultar Sentencia T-503 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ *“Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.”*

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

14. Además, el artículo 2.1.13.1 del **Decreto 780 del 6 de mayo del 2016**¹⁴ dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas: *Primera.* Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. *Segunda.* Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

15. Asimismo, a través de la **Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017**, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad¹⁵.

16. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras **dependientes**, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante **el empleador** un certificado médico, en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; b) la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras **independientes**, estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS y **el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento**. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza¹⁶.

...

¹⁴ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”

¹⁵ Consultar en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf

¹⁶ En torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y el otro es similar. Pues bien, la analogía exige que se establezca la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma. Al respecto ver sentencia T-960 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

4.3.3. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad.

Al respecto el Decreto 19 de 2012, nos enseña que:

“ ...

ARTÍCULO 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

...” Subrayado fuera de texto.

4.4. Caso concreto.

La señora Erika Marcela Sarmiento Martínez, solicita se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital y en consecuencia se ordene a Coomeva EPS y Gold RH SAS a reconocer económicamente su licencia de maternidad.

En el presente caso no tiene discusión que la actora se encuentra afiliada a Coomeva EPS en el régimen contributivo y tiene calidad de trabajadora dependiente, siendo su empleador Gold RH SAS. Tampoco es de debatir que tiene derecho a la licencia de maternidad por el período comprendido del 18 de diciembre de 2018 al 15 de abril de 2019.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 121 del decreto ley 19 de 2012, el trámite para el reconocimiento de la licencia de maternidad de una trabajadora dependiente, es responsabilidad directa de su empleador. En consecuencia, le corresponde en primer lugar al empleador pagar directamente la licencia de maternidad a la empleada, y luego el empleador le cobra lo pagado a la EPS.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa es claro que Coomeva EPS ha negado el reconocimiento económico de la licencia de maternidad a la accionante, debido al incumplimiento por parte del aportante de la normatividad que rige el sistema para acceder a este beneficio, esto es, mora al momento del evento. Sin embargo, según lo expuesto por el empleador y confirmado por la accionante, ésta última durante el período de la licencia de maternidad recibió salario básico, comisiones y se realizaron los respectivos aportes a salud y pensiones, tal como se evidencia en los desprendibles de pago allegados al expediente donde se evidencia el pago de la licencia de maternidad.

En conclusión, no se evidencia vulneración alguna a los derechos invocados por la accionante, en consecuencia habrá de negarse el amparo tutelar impetrado.

Tutela: 2019-00319-00 (niega)
Accionante: Erika Marcela Sarmiento Martínez, identificada con c.c. 1.095.700.120.
Accionada: Coomeva EPS – GOLD RH SAS.
Vinculados: ADRES – Superintendencia Nacional de Salud.

Ahora bien, si lo que pretende la accionante es que se le indique el valor a reconocer por licencia de maternidad teniendo en cuenta los IBCS sobre los cuales ha cotizado, dado que tiene salario variable y como el responsable del pago de tal licencia es su empleador por ser trabajadora dependiente, bien puede hacer las revisiones y cálculos que estime pertinentes, para si es del caso reclamarle a su empleador el pago de la fracción que eventualmente le hiciere falta.

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,

V. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela promovida por Erika Marcela Sarmiento Martínez, según lo reseñado en la parte motiva.

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

TERCERO: En caso de que este fallo 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