

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO TERCERO CIVIL DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE VALLEDUPAR
TELÉFONO: 5802990

Valledupar, (07) de febrero dos mil veinte (2020)

CLASE DE PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICACIÓN: 20014003006-2020-00039-00
ACCIONANTE: ANA DULVIS MENDOZA DANGOND
ACCIONADA: COOMEVA EPS
DERECHOS INVOLUCRADOS: MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL

En Valledupar, en la fecha antes indicada, el Juez sexto Civil Municipal hoy juzgado de tercero de pequeñas causas y competencia, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales, especialmente las establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, dicta la siguiente SENTENCIA:

I. OBJETO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente ACCIÓN DE TUTELA, impetrada por la señora ANA DULVIS MENDOZA DANGOND contra COOMEVA EPS por la presunta violación del derecho fundamental al MINIMO VITAL Y OTROS.

II. ANTECEDENTES

El accionante manifiesta que:

"Me encuentro afiliada al sistema de seguridad social en salud, a través de la EPS COOMEVA; en calidad de cotizante independiente. Pero dicha entidad, está vulnerando nuestros Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, Subsistencia, Vida Digna, Seguridad social, y demás conexos.

El día 30 de mayo de 2019, nació mi hijo, el niño Ángel David Romero Mendoza; en virtud de tal acontecimiento, mi médica tratante, Dra. CLARA Margarita Mendoza Fonseca, generó la incapacidad médica N° 103809 de fecha 01 de junio de 2019, en la que se indica como término de incapacidad: Licencia por 126 días".

III. PETICIÓN

1. *"En aplicación a la sentencia T-646 de 2012 de la H. Corte Constitucional, ruego respetuosamente al Juez de Tutela, que proteja mis derechos fundamentales y los de mi hijo recién nacido al mínimo vital, subsistencia, Vida Digna, Seguridad social, y demás conexos, vulnerados por la EPS COOMEVA y se ordene a la entidad accionada, el reconocimiento y pago de ciento veintiséis (126) días correspondientes a mi Licencia de Maternidad conforme al numeral 5° del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011 o art. 236 del C.S.T."*

IV. PRUEBAS

4.1. DEL ACCIONANTE:

- licencia de maternidad (copia simple)
- historia de clínica donde costa el parto (copia simple)
- respuesta de derecho de petición (copia simple)
- registro civil de nacimiento de su hijo (copia simple)
- cédula de ciudadanía del accionante (copia simple)
- cédula de ciudadanía (copia simple)

4.2. DE LA ACCIONADA:

-No apporto

V. TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por auto de fecha 30 de enero de enero del dos mil veinte (2020), se admitió la solicitud de tutela y se notificó a la accionada COOMEVA EPS, para que en el término de dos (02) días contados a partir del recibo de la comunicación, rindieran informe con respecto a los hechos materia de la acción.

VI. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

6.1. COOMEVA EPS:

Fue debidamente notificada por medio de Oficio No. 284 del 30 de enero del dos mil veinte (2020), no dio contestación a la misma.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1991 consagró, en el artículo 86, la acción de tutela como un mecanismo creado para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que por alguna acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

7.1. Competencia del Juez para la resolución del presente conflicto jurídico - constitucional:

Además de las normas citadas en el encabezamiento de esta providencia acerca de la facultad en cabeza de los Jueces de la República para conocer de este tipo de conflicto jurídico-constitucional, el Decreto 1382 de 2000, estableció las reglas para el reparto de la Acción de Tutela. Al manifestar la Corte Constitucional que todos los jueces son competentes para conocer de Tutelas, este Despacho es competente para conocer de ella, en consecuencia, entrará a estudiar si en efecto se han vulnerado los derechos cuya protección reclama la accionante.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Juzgado determinar si COOMEVA ESP- ha vulnerado el Derecho Fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL de ANA DULVIS MENDOZA DANGOND.

7.2.1. De la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando considera que estos han sido vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador, y tal como lo ha indicado la Corte una de sus características esenciales es la subsidiaridad, por lo que conviene recordar que este mecanismo excepcional resulta improcedente si el afectado en el curso de un proceso judicial o trámite administrativo ha contado o cuenta con medios de defensa que le permitan el ejercicio efectivo de sus derechos.

Cuando se trata de revisar por vía de tutela actuaciones judiciales o administrativas, se ha reiterado que la labor del juez constitucional se debe centrar en el análisis de la conducta desplegada por los funcionarios y que se refleja en los actos administrativos o judiciales atacados como ilegales y presuntamente violatorios de un derecho constitucional, y solamente si de la apreciación de aquellos se desprende que la conducta reviste el carácter de abusiva, caprichosa o arbitraria, de forma tal que vulnere algún derecho constitucional y siempre que no se disponga de otros medios de defensa judicial puede admitirse la tutela, en razón de que se configuraría una vía de hecho.

Para resolver el presente asunto, antes del análisis del caso concreto, se reiterará la regla general de la Corte sobre la subsidiaridad de la acción de tutela, en virtud de la cual esta resulta improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el legislador para la protección de los derechos presuntamente conculcados, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

7.2.2. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte en diversas oportunidades que la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de resguardar el mandato regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica¹.

Así las cosas, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho². Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que esta regla tiene dos excepciones que se presentan cuando esta es: (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo ni eficaz para la defensa de derechos fundamentales conculcados o amenazados³. Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

"Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela⁴.."

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la tutela es el último mecanismo de defensa al que puede acudir un afectado, ya que sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos, es procedente la acción. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-480 de 2011:

"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior"

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. "Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternativas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable"⁵.

1 Sentencia T-487 de 2011.

2 Sentencias T-871 de 1999 y T-954 de 2010.

3 Sentencias SU-544 de 2001 y T-955 de 2010.

4 Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

5 Sentencia T 145 de 2011.

Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786 de 2008 expresó que:

“Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”.

En virtud de lo anterior, en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela será procedente solo si estos ya se encuentran agotados. Sin embargo, de manera excepcional, la acción de tutela será procedente: (i) si los recursos existentes no son idóneos; (ii) cuando estos no existen; o (iii) si quiere evitar un perjuicio irremediable.

7.2.3. Perjuicio irremediable en la acción de tutela:

El perjuicio irremediable, a su turno, ha sido entendido como aquel que presente las características de: inminente, esto es que amenaza o está por suceder; urgente, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; grave, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente [determinado o determinable] relevante para el afectado; e, impostergabilidad, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad⁶.

7.2.4. Estabilidad laboral reforzada:

La Corte Constitucional ha dicho y reiterado en muchas oportunidades que la estabilidad laboral para una mujer en embarazo, independientemente del tipo de vínculo laboral siempre será imperioso, tal como lo dijo en la sentencia: T 041 de 2014, que dice:

“DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato

Protección reforzada a la mujer embarazada.

3.1. Al existir variedad de enfoques sobre el amparo reforzado que debe brindarse a las trabajadoras gestantes y al bebé, la Sala Plena de la Corte Constitucional procuró unificar la jurisprudencia y precisar las reglas y medidas de protección.

Así, en el fallo SU-070 de febrero 13 de 2013, con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada, además de desarrollar lo determinado en los artículos 13 y 43 de la carta política, particularmente sobre la erradicación de la discriminación y la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, que ha dado lugar a actuaciones afirmativas, se ocupó de diversas eventualidades en las que debe llegar, y de qué manera, la especial asistencia y protección a la mujer y al bebé, durante el embarazo y después del parto.

Ello dimanó además de preceptiva internacional, de prevaeciente aplicación en Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.2); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1° y 24), y los Convenios 111 y 183 de la OIT, entre otros, en torno al deber general y objetivo de protección a la embarazada y lactante, primeramente a cargo del Estado^[2].

3.2. En dicho fallo de unificación fueron analizadas las diferentes situaciones y circunstancias en las que, acatando la Constitución y la referida preceptiva internacional, se ha protegido el fuero de

⁶ Al respecto, ver las Sentencias T- 300 de 2010, T-1316 de 2001; T.225 de 1993, entre otras. La primera se refirió al concepto es estudio en los siguientes términos: “que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño, (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”.

maternidad, observando algunos casos en los cuales los medios de defensa resultaron insuficientes, tratándose de proteger "en general a todas las mujeres", con la finalidad específica de "impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia".

Así, el amparo no radica solo en la remuneración a la mujer embarazada, sino que "busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, que es un derecho inalienable de todo ser humano", reafirmando que "no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que además les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar".

De tal manera, surgió la necesidad de determinar unas reglas para fijar el alcance de la protección, como objeto de la unificación, a partir de dos especificidades, "la modalidad de la contratación y el conocimiento o no del empleador del estado de gestación", con unas precisiones determinadas brevemente frente a cada una de ellas.

3.3. Sobre el conocimiento del embarazo por parte del empleador^[3], se precisó que "no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de protección", indicando así que "el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende un factor de discriminación en razón del sexo" (no está en negrilla en el original, como tampoco en los textos anteriores ni subsiguientes).

Por otra parte, la falta de conocimiento "dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido".

Determinó también que el conocimiento por el empleador del estado de la trabajadora, no exige formalidades, ya que puede ser asumido directamente, por hecho notorio o por información de un tercero.

3.4. Según la alternativa laboral, se determinó i) "asumir que las modalidades de contratación por medio de empresas de cooperativas de trabajo asociado o servicios temporales implican en principio la existencia de una relación laboral sin causales específicas de terminación entre la empleada embarazada y estas empresas", y ii) que "cuando en algunos contratos con fecha o condición específica de terminación (por ejemplo los laborales a término fijo o los de obra o los de prestación de servicios), la necesidad del servicio o de la obra pendiente de realizar o del objeto del contrato, desaparece en momentos en que la empleada o contratista ha quedado en embarazo y es posible que la falta de renovación del contrato se dio por razón del embarazo".

Lo anterior ha permitido que la Corte Constitucional reafirme medidas de protección, las cuales giran en torno a dos alternativas: i) que se reconozcan las prestaciones de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad; y ii) se ordene el reintegro de la mujer embarazada o la renovación de su contrato, a menos que se pruebe la imposibilidad de tal reintegro o renovación.

La Sala Plena, en esa sentencia SU-070 de 2013, concluyó que "la modalidad de contratación no hace nugatoria la protección, sino remite al estudio de la pertinencia o alcance de una u otra medida de protección".

3.5. También se indicó que la protección coherente con el sentido del fuero de maternidad, consiste en garantizar a la mujer su derecho a laborar, independientemente de la relación de trabajo bajo la cual se encuentre. Advirtió nuevamente que "para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente. Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantener la alternativa laboral".

Además, la estabilidad laboral reforzada de las embarazadas se extiende también a las vinculadas a término fijo o por ejecución de obra, primando la realidad sobre las formas y sobre los textos contrarios a la verdadera relación, todo en acatamiento de los tratados internacionales antes referidos y de lo

ordenado en los artículos 53 y 43 de la carta, específico este último en imponer la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto.

En el ámbito legal, cabe recordar que el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo es contundente al advertir:

- “1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.”

3.6. Muy sólida y efectiva es entonces esa protección a toda mujer en gestación o lactancia, y consecuentemente al bebé, sin que puedan dejarse de lado los contratos nominalmente civiles de prestación de servicios, como también se lee en el reseñado fallo de unificación (no está en negrilla en el texto original):

“Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.”

3.7. Volviendo a observar lo atinente a si i) había una relación a término fijo, y ii) sabía del embarazo al momento de la desvinculación el empleador, o el presunto contratante, o el representante legal si se trata en uno u otro caso de persona jurídica, o algún dependiente del área de personal u otra concerniente, por información de la embarazada o de cualquier tercero, o reporte de un ente de salud, o por notoriedad, podría suceder que:

3.7.1. La desvinculación se produjo antes del vencimiento del contrato y no medió autorización de la autoridad competente, por lo cual ha de aplicarse la protección derivada del fuero de maternidad, consistente en la ineficacia del despido y el subsiguiente reintegro, junto con el cubrimiento de los derechos dejados de percibir. Ello en cuanto la sentencia SU-070 de febrero 13 de 2013 reafirma el “supuesto de protección contra la discriminación” y la aplicación de “la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST”.

3.7.2. Si la desvinculación acaece vencido el término del contrato y se alega como causa la terminación del plazo pactado, el contratante ha debido acudir antes del vencimiento “ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral”, con esta disyuntiva:

i) Si acude y la autoridad determina que subsisten las causas del contrato, “deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores”; si determina que no subsisten las causas, “se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad”.

ii) Si no se acude ante el inspector del trabajo, se reconocerán “las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación solo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen”.

3.7.3. Como precaución, la citada SU-070 de 2013 recuerda que “para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo”, habrá indemnización “con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.”

7.2.5. Licencia de maternidad y procedencia de pago por vía de tutela.

Casos como el ahora planteado, han sido frecuentemente analizados por la Corte Constitucional, en los cuales, en aras de hacer prevalecer ese amparo específico que merece la mujer embarazada antes, durante y después del parto, ha determinado atenuar los requisitos exigidos en la Ley para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, de acuerdo con las circunstancias que rodeen cada caso en particular.

Al respecto; en sentencia T-247 de 2008, la sala de revisión de la Corte Constitucional, al examinar ocho expedientes de tutela en los cuales se le había negado el amparo constitucional a igual número de madres, las cuales habían cotizado durante el tiempo de gestación de manera incompleta, discontinua o tardía, estableció que:

“Respecto al amparo de los derechos cuando se niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha considerado que debe ser cubierta en forma total o proporcional, dependiendo de las semanas cotizadas durante el período de gestación.”

Así se pronunció en sentencia T-136 de 2008 (febrero 4), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, especificando dos situaciones con sus consecuencias:

“... concluyó que 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. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que 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.”

Igualmente, en la sentencia T-049/11 se señaló:

“... De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, esta Corte estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional.

De lo anterior se derivan dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”. Además, la jurisprudencia ha establecido las siguientes condiciones: (i) el término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo, (ii) la responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador y (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe.

De tal forma en la Sentencia T-530 de 2007 la Corte Constitucional articuló las posiciones jurisprudenciales referidas, mediante la definición de las reglas citadas y expuso:

“(...) la Sala encuentra probado lo siguiente:

i) En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de Revisión tomará dos tipos de decisión, así:

a) En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).

b) En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas. (...).

En tal sentido, esta Sala de revisión ordenará que se tenga un plazo de dos meses para que se inapliquen los requisitos del régimen y en tal sentido ordenar el pago total de la prestación., con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las madres en estado de gravidez, que dan a luz un hijo, y de los menores recién nacidos

En la misma línea, y con el fin de mantener el equilibrio del sistema, si se superan dos meses sin cotizar por parte de la madre durante su embarazo, la tesis se inclinará hacia la proporcionalidad del pago de la licencia de maternidad, con el objeto de lograr bilateralmente una solución que permita tanto a la madre y al menor la subsistencia económica y la protección de su derecho al mínimo vital, sin que el sistema de salud retenga dineros que han sido cotizados por la afiliada, y por otra el compensación del sistema para que éste no se obligue a hacer erogaciones de dineros que no ha percibido.”

Sin embargo es menester indicar que La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado la procedencia excepcional de la acción de tutela, para exigir el pago oportuno de la licencia de maternidad, cuando se afecta el mínimo vital de la madre y el niño. Sobre el particular ha afirmado la Corporación:

“La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que la licencia de maternidad genera dos situaciones particulares: se instituyó como una garantía laboral que tiene la mujer que ha dado a luz, para disponer de un periodo de ochenta y cuatro (84) días, a efectos de recuperarse físicamente y poder permanecer al lado de su nuevo hijo, y, de otra parte, garantizarle un ingreso económico que percibiría si siguiera laborando normalmente, y que tiene objeto también, respaldar los gastos de la madre y su hijo. De esta manera el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad garantiza la subsistencia de la madre y el niño, mientras la madre se reincorpora a su actividad laboral.

Es por ello, que la mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez y a quien se le niegue la prestación económica por maternidad tiene derecho a invocar la acción de tutela para obtener su pronto reconocimiento y pago de conformidad al artículo 43 de la Constitución Política, que impone al Estado, la obligación de dar una especial protección a la mujer embarazada desde el mismo momento de la concepción.

De esta manera, el pago de la licencia de maternidad, resulta procedente de manera excepcional por vía de tutela, cuando con su no reconocimiento se esté poniendo también en peligro, el mínimo vital de la madre y el recién nacido.” (Subraya la Sala).

En este evento se entenderá que dicha falta de pago se traduce en la vulneración del derecho fundamental de la madre y el menor a una vida en condiciones dignas. En esta perspectiva la Corte ha considerado que: “la acción de tutela es procedente pero esta procedencia depende de que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad implique una lesión al mínimo vital de la madre y el recién nacido por eso la corte en anteriores oportunidades dijo que era inoportuna la tutela presentada luego de fenecido el término de la licencia de maternidad...” En esta línea de reflexión se pronunció la Corte en sentencia T-996/02 así: “para el caso específico del pago de la licencia de maternidad la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción representa después de que ha fenecido su término (doce semanas de acuerdo al art. 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios. (a) si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.”

Sentencia T-200/17

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Criterios para determinar cuándo el reconocimiento y pago son exigibles por tutela

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores

El pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

7.3. DEL CASO CONCRETO

Analizando el presente caso tutelar, se extrae del acápite de los hechos que la accionante ANA DULVIS MENDOZA DANGOND, "Estoy afiliada a COOMEVA EPS en el sistema de seguridad social en salud, través de EPS COOMEVA, en calidad de cotizante independiente, pero dicha entidad está vulnerando mi derecho fundamental al no querer cancelar mi incapacidad por licencia de maternidad.

Por lo tanto la accionante solicita que se le ordene a COOMEVA EPS, el pago y reconocimiento de las incapacidades de licencias materna que expidió, según se relaciona a continuación, al igual que está violando la protección al mínimo vital, la seguridad social o salud integral y la igualdad", Que por ley le corresponden, que por mandato legal tiene que pagarme Como lo ordena la ley y al momento de solicitar el pago de la incapacidad.

Estudiando el libelo tutelar y el acervo probatorio tenemos que en cuanto las incapacidad que se observan en la presente acción de tutela, al ver del despacho en claro que la entidad accionada no ha cancelado la incapacidad a las que la accionante tiene derecho por ley, desconociendo el DERECHO AL ESTABILIDAD REFORZADA DE MUJER EMBARAZA

Como lo ha establecido la honorable corte constitucional:

"Respecto al amparo de los derechos cuando se niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha considerado que debe ser cubierta en forma total o proporcional, dependiendo de las semanas cotizadas durante el periodo de gestación."

Así se pronunció en sentencia T-136 de 2008 (febrero 4), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, especificando dos situaciones con sus consecuencias:

"... concluyó que 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. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que 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."

Igualmente, en la sentencia T-049/11 se señaló:

"... De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, esta Corte estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional."

En consecuencia , para esta judicatura es palmaria la afectación de los derechos fundamentales de la señora ANA DULVIS MENZOZA DANGOND, por parte de COOMEVA E.P.S, que con su actuar negligente y dilatorio ha trasgredido el DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA DE MUJER EMBARAZA, ampliamente reconocido por la corte constitucional, poniendo en riesgo la estabilidad de la familia y la integridad y vida digna de los mismos, ya que queda ampliamente demostrado que la

accionante que tiene una incapacidad , por lo que se cumple con lo exigido por la Corte para que el pago de la licencia de maternidad sea total.

Conforme con lo expuesto anteriormente, este despacho amparará los derechos fundamentales incoados por la señora ANA DULVIS MENZOZA DANGOND para lo cual se ordenará a COOMEVA EPS a cancelar la totalidad de la incapacidad por licencia de maternidad número 103809, un total de 126 días.

IX.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, Administrando Justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución Política.

X.RESUELVE

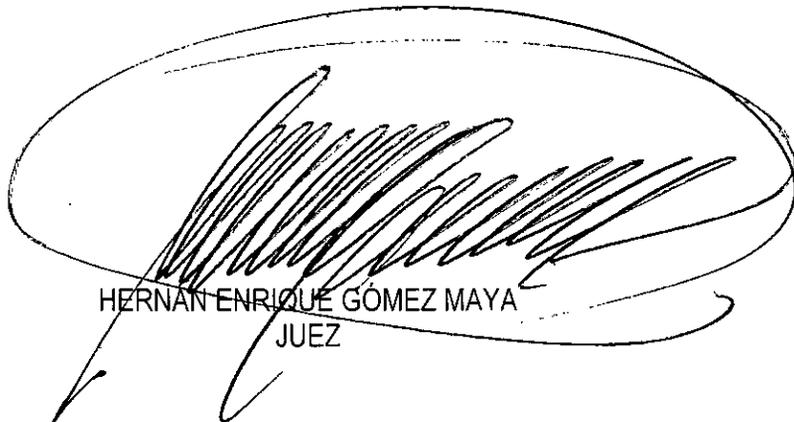
PRIMERO: CONCÉDASE el amparo constitucional impetrado por ANA DULVIS MENZOZA DANGOND, contra COOMEVA EPS en relación del DERECHO AL MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COOMEVA EPS en el término de cuarenta y ochos (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, el reconocimiento y pago de la incapacidad por concepto de licencia de maternidad número 103809, un total de 126 días; solicitada por la señora ANA DULVIS MENZOZA DANGOND, Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, so pena de incurrir en desacato.

TERCERO: Comuníquese la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1.991. La secretaria proceda de conformidad.

CUARTO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para lo de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



HERNÁN ENRIQUE GÓMEZ MAYA
JUEZ