República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Primero Civil Municipal en Oralidad
Valledupar - Cesar

Ref. Acción de Tutela Nº 2020-00308-00.

Valledupar, Ocho (08) de Octubre de Dos Mil Veinte (2020)

Asunto

Procede el despacho a proferir la sentencia que corresponda dentro de la Acción de Tutela **impetrada** por KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES quien actúa a través de Apoderada Judicial Dra. CINDY LORENA SOLANO VELASQUEZ **contra** SALUD TOTAL E.P.S-S S.A. representada por su Gerente y /o quien haga sus veces.

Antecedentes.

Manifiesta la accionante, que se encuentra vinculada a la EPS Salud Total actualmente como trabajadora independiente, así mismo agrega que el día 05 de febrero de 2020, ingresó a la Unidad Pediátrica Simón Bolívar por Cirugía de Maternidad con diagnóstico de 1 post parto vaginal asistido.

De otro lado indica que, el médico tratante le dio incapacidad desde el día 07 de febrero de 2020 hasta el día 11 de junio del discurriente, lo que equivale a 126 días de incapacidad.

Afirma la accionante, que al momento de hacer efectivo el reconocimiento de la incapacidad, la accionada Salud Total EPS, respondió el día 1 de junio de la presente anualidad, que dicha incapacidad había sido liquidada con el número de autorización p90153609 del 15 de febrero y 9 de junio de 2020, narrando además que tal reconocimiento corresponde al FOSYGA, que es quien reconocía el pago de las licencias a la EPS, señalando que no se podían liquidar las incapacidades con valor, puesto que el empleador debe haber pagado oportunamente la cotización a más tardar el día del nacimiento del menor; a lo que asegura la accionante que los últimos 6 meses siempre ha pagado, que alguno de esos meses ha tenido retraso en el pago de 2 días, pero que siempre los ha cancelado, liquidando los intereses de mora por lo que considera que ha adquirido el derecho a recibir el reconocimiento económico por parte de Salud Total EPS, que además la EPS nunca le ha pasado por escrito negativa alguna para recibir los pagos, nunca le ha suspendido el servicio médico, por el contrario ha aceptado sus pagos morosos, razón por la que no entiende como la EPS se niega a reconocer el pago que por incapacidad le corresponde.

Finalmente asegura que al momento de que la EPS Salud Total se niega a reconocer el pago de las incapacidades, le está afectando el Mínimo Vital de ella y el de su hijo toda vez que no ha podido pagar el arriendo oportunamente, la alimentación y el cuidado de su hijo ya que por la pandemia le resulta más difícil.

Pretensiones.

De acuerdo a los hechos esbozados solicita la accionante, se ordene a SALUD TOTAL E.P.S. autorice y materialice el pago de las incapacidades generadas entre el día 07 de febrero y el 11 de junio de 2020 a favor de su agenciada, para un total de 126 días de incapacidad continua, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional para proteger el derecho al Mínimo Vital, Seguridad Social y a la Igualdad.

Derechos Fundamentales Violados.

La accionante considera que SALUD TOTAL E.P.S con su actuación u omisión está vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital y a la Salud en conexidad con la Seguridad Social de su representada.

Pruebas.

Como sustento de la presente acción de tutela la accionante presenta las siguientes pruebas:

1. Copia de la incapacidad generada.
2. Copia de la Historia Clínica.
3. Copia de la respuesta negando el pago de las incapacidades por parte de Salud Total EPS.
4. Copia de la liquidación en cero por parte de Salud Total EPS.
5. Copia de Certificado de Nacido Vivo y Registro Civil de Nacimiento del niño Dylan Rafael López González.

Actuación judicial.

La Acción de Tutela de la referencia fue admitida, ordenando el traslado respectivo a la accionada por el término de dos (02) días, para que ejerciera su derecho de defensa y solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer, especialmente en lo que tiene que ver con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES.

Frente al requerimiento realizado por el despacho, la accionada SALUD TOTAL E.P.S. allegó respuesta a través del Dr. GEOVANNY ANTONIO RIOS VILLAZÓN quien actúa en calidad de Administrador sede Valledupar, indicando que su representada no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante GONZALEZ FUENTES dado que la misma no cumple con los requisitos que exige el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre todo si se parte de que la EPS Salud Total administra recursos públicos destinados para la salud, a lo que la ley les exige la debida administración de los mismos.

De otro lado, manifiesta que se opone a todas los hechos de la presente acción, ya que insiste en que no ha vulnerado derecho fundamental al mínimo vital, debido a que por ser una entidad de Salud la correcta administración de los Recursos Públicos, que son asignados le corresponde a ADRES por lo que requiere que se vincule como litis consorte necesario, ya que bajo esa premisa argumenta que Salud Total EPS no está obligada a responder como legitimada por pasiva por el pago de la licencia por maternidad, en razón a que la accionante no cumplió con el pago de las cotizaciones durante el período de gestación de manera oportuna mas en tratándose de que es cotizante independiente y que se encuentra en estado activo con mora superior a 6 meses, argumento del que hace uso el Área de Prestaciones Económicas de Salud Total

EPS-S S.A. aduciendo que la usuaria debió haber efectuado el pago correspondiente a mas tardar el día del nacimiento del menor, planteamiento que no corresponde de manera caprichosa por parte de la accionada sino por el contrario a la normatividad en materia de licencia de maternidad, precisó.

De acuerdo a lo anterior aduce que no es posible hacer el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad por pago extemporáneo posterior al nacimiento del menor, por lo que considera que es al ADRES a quien corresponde hacer el reconocimiento económico ya que es la encargada de pagar las licencias de maternidad a las EPS.

Así mismo el representante esbozó que la presente acción es improcedente al existir otros mecanismos de defensa judicial toda vez que el presente conflicto escapa de la órbita de acción del Juez de tutela ya que se trata de una culpa imputable a la accionante.

Por lo tanto solicita, se deniegue la presente acción ante la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A. como también se tenga en cuenta que no cumple con el requisito de subsidiariedad a la luz de lo expuesto.

Por último, requiere se desvincule a SALUD TOTAL EPS-S S.A., ante la falta de legitimación en la causa por pasiva al estar frente a una culpa imputable a la protegida a quien le corresponde asumir las consecuencias por no efectuar los pagos debidos hasta la fecha.

Consideraciones Del Despacho

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591/91, toda persona tiene derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos correspondientes.

En el presente asunto la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES, es mayor de edad y actúa a través de apoderado judicial para reclamar sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la accionada SALUD TOTAL EPS, así las cosas, queda legitimada para ejercer la presente acción.

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad

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 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 parto.

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 vital.

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 nacido.

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 reconocimiento.

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

> *"Artículo 1°. 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).

Además, el artículo 2.1.13.1 del **Decreto 780 del 6 de mayo del 2016** 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.***"

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.

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 paternidad.

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 parágrafo 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 naturaleza. (En este sentido ver sentencia T-278 del 2018).

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

En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, el Alto Tribunal Constitucional ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable.

De esta manera, la Corte en referencia 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 nacimiento; y

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

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 vida.

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 derechos.

Así mismo, esa 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 manutención.

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 tutela, 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.

Del caso concreto.

En el presente asunto pretende la accionante, que se ordene a Salud Total E.P.S. autorice y materialice el pago del monto del valor indicado por concepto de la licencia de maternidad otorgada a su representada con ocasión del nacimiento de su menor hijo.

Por su parte la accionada Salud Total E.P.S., dentro del trámite tutelar afirma que no ha vulnerado derecho fundamental alguno ya que siempre ha actuado con sujeción a la ley, y que por el contrario es la protegida quien debe sufragar el pago de la incapacidad otorgada, en razón a que figura como trabajador independiente por lo tanto debe responder por la cancelación de la licencia de maternidad que se le confirió por parte del médico tratante una vez se efectuó el nacimiento de su menor hijo, tomando como soporte de su dicho el incumplimiento de la agenciada en los pagos al sistema de seguridad social en salud que debía realizar.

De acuerdo a lo anterior, es preciso indicar que la mujer durante y después del embarazo cuenta con especial asistencia y protección del Estado, siendo este el ente encargado de velar por los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños al nacer. Una de las garantías empleadas por el Estado para salvaguardar la vida, el mínimo vital, la salud, de la madre y su hijo es el reconocimiento económico que debe hacer la E.P.S a la que se encuentre vinculada la madre, bien sea como empleada o de forma independiente por concepto de licencia de maternidad, el cual garantizará la subsistencia de ésta durante el tiempo que dure sin trabajar, es decir este auxilio económico suple el sueldo de la madre el tiempo posterior al parto.

Ahora bien, 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, pero excepcionalmente 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.

En el asunto bajo estudio, se deja entrever que la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES, realizó primigeniamente como trabajadora dependiente sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y posteriormente durante la gestación de manera independiente continuó realizando dichos aportes aunque de manera extemporánea aun después del parto como bien lo afirma la accionada, prueba de ello lo evidencia la asistencia prestada por la EPS a la incoante durante la etapa de gestación hasta el nacimiento del nasciturus; del mismo modo que no se advirtió o por lo menos no se allegó prueba al menos sumaria de que la señora GONZALEZ FUENTES haya sido puesta en preaviso o suspendido el servicio de salud por tardanza en el pago de sus obligaciones como trabajadora independiente, de tal modo que como no se nota objeción por la aludida mora por parte de la EPS en su debido momento, se da por cumplida la obligación de Seguridad Social en Salud a cargo de la agenciada y siendo este el requisito esencial para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad deprecada, se tiene entonces y es claro para este fallador, que la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES se encuentra facultada para acceder al beneficio correspondiente al subsidio de licencia de maternidad hoy reclamado.

Esclarecido lo anterior pasa el despacho a verificar si dentro de la acción constitucional bajo análisis, se cumplen los supuestos para acceder de manera subsidiaria el amparo deprecado, pues para ello la Corte Constitucional dispuso que se deben cumplir con dos requisitos: **1.** *Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y* ***2****. Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.*

En ***primer lugar***, en cuanto a la verificación del componente temporal, según la historia clínica y el certificado de nacido vivo del menor, la fecha del parto fue el día 05 de Febrero de 2020, posterior a ello la accionante radicó los documentos correspondientes para el pago de la licencia de maternidad y ante la falta de respuesta interpuso derecho de petición ante Salud Total E.P.S., recibiendo respuesta desfavorable a su petitoria, por lo que acudió a la presente acción constitucional la cual fue interpuesta el día 29 de Septiembre de 2020, es decir menos de ocho meses después del nacimiento de su hijo. Por lo tanto, se cumple la primera exigencia analizada.

En ***segundo lugar***, de acuerdo con las reglas planteadas, existen supuestos que permiten a la autoridad judicial en sede de tutela presumir la afectación del mínimo vital; en este sentido se deja entrever que los últimos períodos de cotización de la accionante, esta los ha realizado de manera independiente, es decir que no cuenta con una fuente estable de ingresos y que los mismos pueden derivarse de otras actividades, de ahí que se vea afectado su mínimo vital y el de su familia, máxime cuando la accionada Salud Total E.P.S., no expuso sobre qué medidas adoptó para advertir a la accionante las consecuencias del no pago oportuno de la Seguridad Social en Salud cuando se le corrió traslado de la misma; bajo estas circunstancias, opera la presunción de afectación del mínimo vital de la accionante y su hijo, razón por la que esta agencia judicial estima procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, pues el pago de la prestación económica por licencia de maternidad se torna indispensable para suplir los ingresos que con motivo del nacimiento de su hijo, dejaron de percibirse.

En armonía con lo expuesto, este despacho protegerá el derecho fundamental al mínimo vital de la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES y en consecuencia ordenará a SALUD TOTAL E.P.S que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y cancele a la agenciada el valor correspondiente a la licencia de maternidad a ella otorgada, con

fecha de inicio 07 de Febrero de 2020 hasta el 11 de Junio de 2020, de manera que esta pueda cubrir sus necesidades económicas básicas sin que sea afectado su mínimo vital.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

Resuelve:

Primero-. Tutelar el derecho fundamental al Mínimo Vital de la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES conculcado por SALUD TOTAL E.P.S., de conformidad con la motivación que antecede.

Segundo-. En consecuencia de lo anterior, Ordénesele a SALUD TOTAL E.P.S representada por su Gerente o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y cancele a la señora KATERINE ADRIANA GONZALEZ FUENTES el valor correspondiente a la licencia de maternidad a ella conferida, con fecha de inicio 07 de Febrero de 2020 hasta el 11 de Junio de 2020, de manera que ésta pueda cubrir sus necesidades económicas básicas sin que sea afectado su mínimo vital, esto de conformidad con la parte motiva de este proveído.

Tercero-. Notifíquese el presente fallo a las partes por el medio más eficaz. -

Cuarto-. Si no fuere impugnado este proveído envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. -

Notifíquese y Cúmplase.

La Juez,