

República de Colombia



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

Ref. Acción de Tutela N.º 2021-0007

Valledupar, Veinticinco (25) de Enero de Dos Mil Veintiuno (2021)

Asunto:

Procede el despacho proferir la sentencia que corresponda dentro de la acción de tutela promovida por TIANY SARAY MOLINA LOPEZ en calidad de agente oficioso de su hija EMMA LUCIA BARROS MOLINA contra SANITAS EPS.

Antecedentes:

Manifiesta la accionante, que se encuentra afiliada a la EPS SANITAS en calidad de cotizante, la actora afirma haber quedado embarazada mientras se encontraba afiliada a dicha entidad prestadora de salud, encontrándose vinculada a la EPS Sanitas bajo la modalidad de contrato de obra o labor contratada desde el 26 de Octubre del 2017 y que a partir de la anterior fecha hasta el 31 de diciembre del 2019, estuvo contratada por la COOPERATIVA DE SUMINISTRO TEMPORALES como consecuencia del cambio del hospital EDUARDO ARREDONDO DAZA.

Narra la accionante, que hubo un cambio de COOPERTIVA, iniciando así un nuevo contrato el día 7 de enero del 2020 hasta el 30 de abril del mismo año con la empresa "ASSPROTESP DE COLOMBIA", quien realiza los aportes a seguridad social hasta la fecha por la licencia de maternidad.

Por otro lado, el médico tratante de la EPS estableció como fecha probable del parto, el día 8 de Mayo de 2020, según obra en historia clínica, pero a pesar de esto le inducen el parto por urgencias en la Clínica Cesar el día 12 de Marzo por padecer preclampsia severa con apenas 32 semanas de gestación. A partir de ese día inicia su licencia de maternidad (161 días) otorgada por la Clínica, por lo cual el día 19 de Marzo, hace entrega a la empresa ASSPROTEP DE COLOMBIA de la licencia otorgada junto con la historia a la encargada Beatriz Tarifa.

Según la accionante la empresa solo le reconoció dos meses (marzo y abril) de sus recursos, pero se vieron obligados a dejar de cancelarle su licencia de maternidad al quedar sin estos y porque la EPS SANITAS no le ha cancelado los días correspondientes a la empresa, pues en primer lugar acceden a cancelar pero solo 103 días a lo cual ASSOTREP pide rectificación pues la licencia concedida era de 161 días y en una segunda respuesta obtenida por la demandada afirman solo poder pagarle 37 días de licencia que aparecían cotizados por la misma entidad.

Arguye la actora, reclamar la licencia que le corresponde de acuerdo a la normatividad vigente, entendiéndose ampliado el término a 18 semanas por la Ley 1822 del 2017. Dicho esto, afirma corresponderle las 18 semanas junto con la fecha gestacional y el nacimiento de su hija, es decir 42 días, entonces le debían conceder 168 días de licencia en total y la EPS SANITAS solo le reconoció el pago de 37 días, desconociendo a su parecer lo que le corresponde por ley, en el marco del Código Sustantivo y la citada Ley 1822 del 2017.

Pretensiones:

Con base en los hechos expuestos con anterioridad, pretende la accionante se amparen sus Derechos fundamentales y los de su hija recién nacida al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad en consecuencia se ordene a la entidad tutelada,

el reconocimiento y pago de 161 días, correspondientes a su licencia de maternidad, de conformidad con las estipulaciones del art 1 Ley 1468 del 2011, 1822 del 2017 y del CST.

Derechos Violados:

Teniendo en cuenta lo antes expuesto considera la accionante que la entidad accionada con sus actuaciones u omisiones está vulnerando sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad.

Pruebas:

Como sustento a los hechos y pretensiones antes esbozados la accionante aporta las siguientes pruebas:

1. Certificación expedida por SUMINISTROS TEMPORALES de fecha del 13 de enero del 2020.
2. Colilla de pago de la empresa SUMINISTROS TEMPORALES y ASSPROTESP.
3. Certificado de nómina personal asistencial expedido por ASSPROTESP COLOMBIA del 1 y 2 de Febrero del 2020, del 7 de Enero al 2 de Febrero, del 3 de Febrero al 2 de Marzo, del 3 de Marzo al 2 de Abril y el 3 al 30 de Abril del año 2020.
4. Respuesta de comunicación N. 2719275 de la EPS SANITAS de fecha del 26 de Junio de 2020.

Actuación Judicial:

La presente tutela fue admitida mediante auto calendas del 15 de enero del 2021, en contra de la accionada **SANITAS EPS**, ordenándose el traslado correspondiente, a fin de que la accionada hiciera valer su derecho de defensa y presentara las pruebas que ha bien tuviera allegar.

En este sentido, SANITAS EPS responde el requerimiento realizado por el Despacho, indicando que, a la afiliada le corresponde de acuerdo a los aportes realizados por su empleadora ASSPROSTP, el pago de 52 días mas no de 161, dándole cumplimiento al Decreto 2353 del 2015 y el 780 del 2016 y teniendo en cuenta el IBC.

Así mismo resalta cómo la norma faculta al empleador a realizar el pago de las prestaciones económicas al afiliado cotizante dependiente, debiendo reconocérsele de manera directa pues son las EPS junto con los empleadores los que efectúan los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo pagaderas las prestaciones económicas dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. Por lo que SANITAS EPS considera haber actuado conforme a la normatividad vigente, solicitando en consecuencia se declare IMPROCEDENTE la acción.

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.

La demandante, TIANY SARAY MOLINA LOPEZ, es mayor de edad y actúa en calidad de Agente Oficioso de su menor hija EMMA LUCIA BARROS MOLINA, para reclamar sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la accionada, de tal forma que se encuentra legitimada para ejercer la mencionada acción.

De la licencia de Maternidad y reglas para su pago

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado el carácter y reglas del otorgamiento de la licencia de maternidad, tal es el caso de la Sentencia T-526/2019, en la que delimita no solo el carácter económico encaminado a reemplazar los ingresos devengados por la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y su hijo, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por objeto la recuperación de la madre y el cuidado del menor.

El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

*“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.”*

Así mismo, la procedencia del amparo por esta vía encuentra respaldo en el artículo 86 superior, donde se establecen los tres criterios de procedibilidad de la acción que son: Legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad. ***La falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental*** por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y de su hija recién nacida, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia como las de sus demás hijos que aduce tener a cargo, por lo que la intervención del juez constitucional es necesaria para garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Dicho lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado con respecto a la idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: *“primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo”*. En cuanto a este último aspecto, señaló que *“la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna”*. (En este sentido ver la Sentencia T-526/19).

En lo que respecta al tiempo de cotización que es el núcleo del problema que ahora nos entretiene, el Alto Tribunal Constitucional ha reiterado que la norma establece como requisito para acceder a la licencia, efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el tiempo de gestación, dicha prestación deberá cancelarse proporcionalmente con las semanas cotizadas cuando no se haya efectuado en su totalidad la cotización, postura que ratifica la Sentencia T-526/2019 en los siguientes términos:

“la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que 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, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y

del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad". Así, "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó".

En el escenario en que la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo de gestación, la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone 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.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

Del caso concreto

Con base en la presente acción, solicita la accionante, se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad al igual que los de su menor hija. En ese sentido solicita se ordene a la entidad tutelada, el reconocimiento y pago de 161 días correspondientes a su licencia de maternidad, de conformidad con las estipulaciones legales que regulan la materia.

En el presente asunto, la petente fundamenta su accionar en que SANITAS EPS no le ha cancelado los 161 días de incapacidad que le fueron otorgados con ocasión al nacimiento de su menor hija. Frente a dicho requerimiento en comunicación N. 2719275 SANITAS EPS niega la cancelación reclamada por la accionante, pues considera que la norma es clara en el reconocimiento y posterior pago de licencias, fundamentándose en el Decreto 780 del 2016, al disponer que al inicio de una vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes e independientes si se hubiere cotizado por un período inferior al de gestación, se reconocerá el pago proporcional un monto equivalente al número de días cotizados y al período real de gestación.

Confrontando el material probatorio allegado con el escrito de amparo y, tal como se encuentra acreditado, el tiempo de cotización de la accionante por el vínculo laboral con el empleador ASSPROTSP DE COLOMBIA, a la fecha de inicio de la licencia de maternidad, es de 52 días, por lo que aplicando el Decreto 780 del 2016 y los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional antes referenciados, solo le asiste el derecho a que se le reconozca de manera proporcional al tiempo cotizado frente al período real de gestación, encontrándose que está demostrada la cancelación de dicho derecho según se desprende de la comunicación expedida por Sanitas y del escrito de intervención con sujeción a la disposición traída a colación. De igual forma, fue afirmado por la accionada que el mencionado reconocimiento por el vínculo con el empleador CLINICA VALLEDUPAR S.A. y como trabajador independiente fue realizado en forma completa, esto es, por 161 días.

Así las cosas, no encuentra el despacho soporte probatorio ni fundamento legal que conlleven a ordenar el pago de sumas distintas a las ya canceladas a la accionante, lo que conlleva a que se nieguen sus pretensos tal como se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley;

Resuelve:

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado por la señora TIANY SARAY MOLINA LOPEZ, con fundamento en las motivaciones expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes el presente fallo por el medio más expedito y eficaz.

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

Notifíquese y cúmplase.

La juez,



Astrid Rocío Galeso Morales

OFICIOS N° 0103 -0104