



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, veintitrés (23) junio de dos mil veintidós (2022)

RAD:20001 40 03 004 2021 00260 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por KELIN YULIETH LOBO LUNA en representación de su menor hijo ANTHONY ABBRUZZESE LOBO contra SALUD TOTAL EPS-S Derechos fundamentales: Vida digna, mínimo vital, seguridad social y debido proceso

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante KELIN YULIETH LOBO LUNA en representación de su menor hijo ANTHONY ABBRUZZESE LOBO, contra la sentencia de primera instancia de fecha siete (07) de diciembre de 2021, proferida por el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR - CESAR dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Manifiesta la accionante que, se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de SALUD TOTAL EPS, como cotizante independiente.
2. Que, el día 14 de julio del año 2020, dio a luz en las instalaciones de la IPS UNIDAD PEDIÁTRICA SIMÓN BOLÍVAR. Por lo cual, le generaron una incapacidad médica por licencia de maternidad No. 10822 desde el día 15 de julio de 2020 al 17 de noviembre de 2020, expedida por la doctora ANTONIA KATERINE GARCÍA MOLINA.
3. Que, la capacidad fue transcrita y se solicitó su pago a la entidad accionada SALUD TOTAL EPS, el día 19 de agosto de 2020 y que posterior a ello recibió un correo electrónico donde se le informaba que su incapacidad estaba siendo revisada.
4. Que, el 19 de marzo de 2021, nuevamente recibió correo por parte de la entidad accionada, mediante el cual se le informaba que el pago de su licencia de maternidad aun se encuentra en validación por parte del área jurídica de la EPS, que una vez culmine el proceso se le notificará.

5. Aduce la accionante que, no cuenta con los recursos económicos para sustentar las necesidades surgidas con el nacimiento de su mejor hijo, solventando muchos de sus gastos a través de la caridad, puesto que comunidades cristianas le han ofrecido ayudas.

6. Manifiesta también que, en el mes de diciembre de 2020 se puso al día con los dineros que adeudaba por salud a la entidad accionada, y que la misma se los recibió sin objeción alguna.

7. Concluye informando que, en el evento en que se hubieren realizado cotizaciones al sistema de seguridad social en salud de manera extemporánea, las mismas fueron recibidas por la EPS, sin que en algún momento le hubieren constituido en mora.

PRETENSIONES :

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita sean tutelados los derechos Fundamentales vulnerados por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A., a la VIDA en condiciones dignas, MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL y DEBIDO PROCESO de la Constitución Política de 1991.

Se ORDENE a la entidad accionada SALUD TOTAL EPS-S, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, realice los trámites administrativos necesarios, reconozca y pague la licencia de maternidad por 126 días comprendidos entre el 15 de julio de 2020 al 17 de noviembre de 2020.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar - Cesar, mediante sentencia de siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), negó el amparo constitucional, al considerar la existencia de otro medio judicial idóneo de defensa como lo es el Proceso Ordinario Laboral, en la medida en que no se encuentra acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable como para desplazarle el conocimiento del asunto al juez natural que para el caso en concreto sería el Juez Laboral; máxime cuando se cuenta con herramientas administrativas ante los entes de control a que se encuentran sometidas en la EPS para el correcto cumplimiento del servicio que se presta.

Por otra parte, manifestó el Despacho que, la ausencia de pruebas que acrediten la urgencia de adoptar medidas para la protección inmediata de las garantías fundamentales invocadas, lo cual se desprende de la pasividad adoptada por la accionante con respecto a su pretensión, pues a la fecha han transcurrido 11 meses desde que surgió el interés legítimo, sin que se hubiere acudido a la vía excepcional de tutela son circunstancias que demuestran que en este caso no se acreditan los presupuestos de urgencia, inminencia, gravedad e impostergabilidad fijados por la Jurisprudencia Constitucional para que exista un perjuicio irremediable.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

La parte accionante KELIN YULIETH LOBO LUNA impugnó la decisión anterior con el fin de que fuera revocada por esta superioridad bajo las siguientes consideraciones:

Que, taxativamente manifiesta el señor juez lo siguiente: *“Ahora bien, del análisis exhaustivo de los hechos narrados en libelo invocatorio de esta acción encuentra este despacho Judicial que en el presente caso existe una controversia de carácter laboral para la cual la ley colombiana ha previsto medios ordinarios para su reclamación ante los Juzgados laborales”*.

Que, de lo anterior, se nota claramente que el señor Juez no realizó un análisis exhaustivo de la situación, toda vez que, se le olvida que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligado al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida. Al momento de realizar el análisis, el señor juez no tuvo en cuenta que, pese al carácter subsidiario de la acción de tutela, su procedencia es totalmente viable para el reconocimiento de emolumentos laborales, como en este caso, lo es la licencia de maternidad, en atención de la inmediatez de la acción y la posible afectación del mínimo vital de ella y su menor hijo.

Que se le olvida al señor juez la protección que tienen las madres embarazadas y sus hijos recién nacidos, pues el constituyente de 1991 se preocupó por su protección y su situación de indefensión y vulnerabilidad que pueden padecer ciertos asociados, por lo que se estableció una protección reforzada a aquellas personas que ostenten dichas condiciones de inferioridad. Que en el caso objeto de debate, no se trata de probar si se causó o no un perjuicio irremediable, que la tutela tiene como finalidad evitar que se cause un perjuicio irremediable y que el solo hecho que ella se encuentre en estado de lactancia, su menor hijo y ella ostentan un estado de indefensión frente a la negativa de la EPS a realizar el pago de la licencia de maternidad.

Que, en el estudio jurídico que realizó el despacho, no realizó la ponderación de derechos, no tuvo en cuenta la afectación que fue alegada en la tutela como gravísima, lo cual prevé la situación de indefensión en la que se encuentra junto con su menor hijo, en el entendido de que el pago de dicha licencia se encuentra ligado a su derecho de subsistencia, por lo que la negativa por parte de la entidad accionada vulnera el derecho a la vida.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto consiste en establecer, ¿si SALUD TOTAL EPS vulnera los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, seguridad social y debido proceso de la accionante KELIN YULIETH LOBO LUNA en representación de su menor hijo ANTHONY ABBRUZZESE LOBO, al no proceder con la realización del pago de la licencia de maternidad No. 10822 comprendida desde el día 15 de julio de 2020 al 17 de noviembre de 2020?

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

De acuerdo a lo normado en el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991 y sus reglamentos, la ACCIÓN DE TUTELA es un mecanismo a través del cual se podrá 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 o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

De la misma manera el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela se encuentra instituida para obtener la protección de derechos fundamentales cuando por acción o por la omisión de una autoridad pública o de un particular - revestidos de funciones públicas- se vulnera y/o amenaza y no exista otro mecanismo de defensa judicial.

Entonces, la acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o a amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 224 de 2021 M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, reiteró sobre la naturaleza y la finalidad de la licencia de maternidad lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por su parte, el artículo 49 indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades privadas.

Asimismo, el artículo 84 de la Constitución Política determina que, cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio. A su vez, el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones. Eso significa que, para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos, se deben observar las leyes preexistentes y la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora¹. 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 la época del parto².

El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le 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 vital³. Según esta Corte, la licencia de maternidad es:

“(…) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente

¹ Sentencia T-503 de 2016.

² Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236-238).

³ Sentencias T-603 de 2006 y SU -075 de 2018.

considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”⁴.

Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad⁵.

La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido⁶.

Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico⁷. Estos últimos se contemplan en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017:

“i) 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. | | ii) 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. | | iii) 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”.

Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando se trata de trabajadoras independientes, estas deben efectuar el cobro de la 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 1 de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad⁸. Ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza⁹.

De conformidad con las disposiciones mencionadas, las EPS no le pueden exigir a las mujeres que pretenden el reconocimiento de la licencia de maternidad, el

⁴ Sentencia T-998 de 2008

⁵ Sentencia C-543 de 2010

⁶ Sentencias T-998 de 2008 y T-489 de 2018.

⁷ Sentencia T-278 de 2018.

⁸ Sentencia T-960 de 2002.

⁹ Sentencia T-278 de 2018.

cumplimiento de formalidades no previstas legalmente. Lo anterior prohíbe que se impongan cargas excesivas a personas que -dadas sus circunstancias- son sujetos de especial protección constitucional.

En consecuencia, se vulnera del derecho fundamental al debido proceso de las madres cuando se le exigen requisitos y formalidades adicionales para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad.”

CASO CONCRETO

La accionante KELIN YULIETH LOBO LUNA en representación de su menor hijo ANTHONY ABBRUZZESE LOBO, instaura acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, seguridad social y debido proceso, los cuales considera vulnerados por SALUD TOTAL EPS-S S.A., debido a que la misma no ha realizado el pago de la incapacidad por licencia de maternidad.

La entidad accionada SALUD TOTAL EPS-S S.A., manifiesta que al validar el pago de las licencias de maternidad, se confirmó que ingresaron en validación por el área de control interno bajo contacto por variación de IBC fuera de lo normal, que el caso es objeto de auditoría y fiscalización.

El JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR - CESAR, negó el amparo constitucional, al considerar la existencia de otro medio judicial idóneo de defensa como lo es el Proceso Ordinario Laboral, en la medida en que no se encuentra acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable como para desplazarle el conocimiento del asunto al juez natural que para el caso en concreto sería el Juez Laboral; máxime cuando se cuenta con herramientas administrativas ante los entes de control a que se encuentran sometidas en la EPS para el correcto cumplimiento del servicio que se presta.

La accionante, inconforme con la decisión del Juez de primera instancia decide impugnarla bajo el argumento de que no está teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligado al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida.

Descendiendo al caso sometido a estudio y de las pruebas que obran dentro del expediente se puede observar: i) Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante; ii) Copia de la incapacidad No. 10822 expedida por la Unidad Pediátrica Simón Bolívar IPS S.A.S; iii) Copia de la respuesta a la liquidación de prestación económica expedida por Salud Total EPS; iv) Copia informe de la Fiscalía General de la Nación.

De las pruebas anteriormente mencionadas, de los hechos narrados en el escrito tutelar y teniendo en cuenta la contestación por parte de la entidad accionada SALUD TOTAL EPS-S S.A., avizora este despacho que, como lo manifestó el A quo, existe una controversia de carácter laboral para lo cual la se

encuentran previstos los medios ordinarios que la ley ha establecido para ello.

Resulta pertinente traer a estudio aparte del argumento esgrimido por SALUD TOTAL EPS para el no pago de la licencia de maternidad así:

“De acuerdo a los documentos enviados por el empleador ASESORIAS PAGOS Y SERVICIOS EN SEGURIDAD SOCIAL SAS quien ya se presenta denuncia por los casos -----, porque se logro determinar que es una empresa irregular captadora de gestantes e independientes que no se encuentra autorizada por el Ministerio de Protección Social. ↪ Los desprendibles de nómina reflejan descuentos de nómina por concepto de pensión y las planillas de seguridad social de acuerdo a validación del área de operaciones de Salud total registran planilla con sub tipo de cotizante 4, las planillas para dichos cotizantes no se exige aporte a pensión es decir que la plataforma deshabilita dicho pago. ↪ Lo mismo sucede en las planillas aportadas por la Sra. Lobo bajo el contrato de independiente, adicional los formatos de los extractos bancarios presenta irregularidades al ser comparadas por las descargadas de la página de Bancolombia. ↪ EL SR Jairo Lobo presenta conexión con la prestación a nombre de ----- por valor \$ 41.000.000, a través de la empresa ARJAES SAS donde también registra como Representante legal. ↪ De acuerdo a lo anterior se envía al área jurídica para confirmar si aplica denuncia ante los hallazgos encontrados. Teniendo en cuenta que la empresa fue investigada por contor interno como empresa irregular, se procedió a presentar ante la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN la correspondiente denuncia por la posible comisión del delito de ESTAFA SOBRE RECURSOS PUBLICOS Y EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL”

En ese entendido es posible determinar que al encontrarse la solicitud de la accionante en auditoría y fiscalización, puesto que algunos datos suministrados como lo son el incremento salarial y vínculos laborales no concuerdan, se evidencia una controversia de tipo legal que escapa de la órbita constitucional que debe resolver la jurisdicción competente.

Además de lo anterior, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 003 de 2022 M.P. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, ha reiterado que para que determinar la existencia de un perjuicio irremediable que pueda superar el requisito de subsidiariedad deben cumplirse los siguientes requisitos: “(i) el perjuicio debe ser **inminente**, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) el perjuicio que se cause sea **grave**, lo que implicaría, en consecuencia, un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iii) las medidas que se requieran para evitar la configuración sean **urgentes**; y (iv) la acción es impostergable, es decir, en caso de aplazarse la misma sea ineficaz por **inoportuna**.”¹⁰ (Negrillas y subrayas del despacho)

Se concluye, le asiste razón al juez de primera instancia al determinar que no se advierte la configuración de un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de forma transitoria, si bien la actora aduce que no cuenta con los recursos económicos suficientes para poder subsistir junto con su hijo, ésta no aporta ningún soporte que acredite esta circunstancia.

¹⁰ Sentencias SU-508 de 2020; T-190 de 2020 y T-235 de 2018.

Por las razones expuestas con anterioridad, se comparte la tesis adoptada por el A-quo, toda vez que se torna improcedente la acción de tutela, ante la existencia de otro medio judicial idóneo de defensa como lo es en este caso el proceso ordinario laboral, en la medida que no se encuentra acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable. Así mismo, en el presente asunto se presenta una controversia de índole legal que escapa la órbita del juez constitucional.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada el siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA
JUEZ