



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

Valledupar, Cesar, Catorce (14) de Enero de dos mil Veinte
(2020)

RAD: 20001 40 03 008 2019 01122 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES** contra **SALUDTOTAL EPS**. Derecho Fundamental a la Salud.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada SALUDTOTAL EPS contra la sentencia del 13 de Noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples - transitorio de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

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

Se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en la Salud SALUDTOTAL EPS, desde el 01 de Octubre de 2018, como cotizante, haciendo los aportes a dicha entidad de manera ininterrumpida sus aportes a salud, en su condición de cotizante fue atendido su embarazo durante el periodo de gestación, la cual finalizo el 26 de Marzo de 2019, donde fue entregado el certificado de licencia de maternidad por periodo de 126 días, se notificó dicha licencia bajo el número 1170372019.

El día 19 de junio de 2019, le solicito a la EPS la liquidación de la licencia, donde le indicaron que los pagos no fueron continuos durante el periodo de gestación y que por esa razón no era posible el reconocimiento de la licencia de maternidad.

El empleador no era puntual en los pagos ante la entidad prestadora del servicio de salud, dicha EPS se allano a la mora en recibir los pagos de los aportes en salud de manera extemporánea, la razón o motivo el estado delicado del embarazo (Embarazo de alto riesgo), debido a esto opto por cotizar como independiente desde el 28 de julio del 2018 sobre un IBC de 1.600.000 por los que la madre Sorina María Fuentes Gonzales padece una enfermedad (Artritis

Degenerativa) y necesita un medicamento de alto costo, lo cual la llevo a la afiliación para evitar demoras en proporción al medicamento.

Dado estos acontecimientos, manifiesta que la EPS Salud Total ha puesto varios obstáculos para pagar la licencia de maternidad, solicitándole un sinnúmero de documentos para acceder a ella, pero que nunca se negó a recibir los aportes realizados como cotizante independiente.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelén los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social integral, prevalencia de los derechos del menor, protección a la mujer embarazada, salud y la igualdad.

Que se ordene a SALUD TOTAL EPS, proceda a pagar las prestaciones económicas de licencia de maternidad, de manera completa la cual fue concedida por el médico tratante a las cual tengo derecho como cotizante independiente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia 13 de noviembre de 2019, tuteló los derechos fundamentales invocados a ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES contra Salud Total EPS.

Ordeno al Gerente y/o Representante Legal de Salud Total EPS, y/o quien haga sus veces al momento del cumplimiento del fallo, para que dentro del término de cuarenta ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, efectúe el pago correspondiente a la licencia de maternidad liquidada a la accionante ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES, en su calidad de cotizante dependiente de la empresa SERVICIOS PERSONALES Y COMPLEMENTARIOS LIMITADA SERVIPECOM LTDA.

Al considerar que la EPS SALUD TOTAL afirma haber liquidado la licencia de maternidad a favor de la accionante respecto del tiempo de cotización de (120 días) hechas como dependiente de las empresas SERVICIOS PERSONALES Y COMPLEMENTARIOS LIMITADA - SERVIPECOM LTDA, por valor de 1.190.616,00, sin embargo, no acreditó mediante prueba alguna haber hecho el pago del mismo, se le ordena que proceda a cancelar a la accionante dicha suma de dinero.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, la EPS SALUD TOTAL, impugnó el fallo de primera instancia dentro del término legal para alegar lo siguiente:

Para las licencias de maternidad, en el caso en particular la señora MARIA ANGELICA ARAUJO FUENTES, no compenso de manera oportuna los aportes, lo anterior lo dispone el decreto 2353 de 2015, es claro al indicar en su artículo 78 lo siguiente:

En los casos en que durante el periodo de gestación de la afiliada, el empleador el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pagos oportunos de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia 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 periodo de gestación.

En el momento en que el despacho considere que la EPS, debe pagar la licencia de maternidad a la accionante, aun cuando no cumpla con los requisitos para ello, en este caso, el de haber cotizado ininterrumpidamente todo el periodo de gestación, solicita al Estado Colombiano - Ministerio de Protección Social - ADRES, cancele el valor a SALUD TOTAL EPS que haya tenido que cubrir, dentro de los diez (10) días siguiente a la fecha en que se efectua la reclamación correspondiente, teniendo en cuenta, que la misma H. Corte Constitucional ha entendido que si bien se deben garantizarse los derechos constitucionales, en esas protección no deben sr perjudicados los intereses de ninguna de las partes.

En este orden de ideas, la corte constitucional preciso que la administradora de los recursos del sistema General en Seguridad social en Salud FOSYGA (Ahora ADRES) y el ministerio de la protección social tendrá que compensar las licencias de maternidad proporcionales que hayan sido pagadas por la EPS a las mujeres, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas por la ley.

Expresa que la materialización del proceso de pagos y reconocimientos de las licencias de maternidad proporcionales canceladas por las entidades promotoras de Salud; he presentado diferentes interpretaciones que ha llevado a que la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES) no cancele a las EPS las mencionadas licencias, es decir que no lleguen los recursos que soportan estas obligaciones.

Así entonces, el Estado Colombiano - Ministerio de la Protección Social, quien debe preceder al cubrimiento del cargo económico de las licencias de maternidad, pagada a la señora ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES para lo cual debe ordenarse que la Administradora de los Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud pague a SALUD TOTAL EPS - S S.A, la licencia de maternidad, que legalmente no corresponde asumir.

En virtud de lo anterior, solicita que se le conceda el recobro, ordenando el recobro al Ministerio de la Protección Social - ADRES de la licencia maternidad pagada a la señora ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES, dentro de los 10 días siguientes a la presentación de las cuentas o facturas, teniendo en cuenta por expresa disposición de la Circular 062 de 2011, no reconoce el pago a la EPS si la usuaria no compensó 9 periodos continuos por 30 días, al igual que el recobro de la incapacidad que no cumple con los requisitos de ley para ser reconocidas.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el Decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

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 del afiliado o ante dicha entidad.

De acuerdo con la impugnación promovida, **el problema jurídico** a resolver se reduce a establecer, ¿si la sentencia de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos, probatorios y jurisprudenciales vigentes, para amparar el derecho fundamental a la actora de la tutela; además, si es procedente el ordenar el recobro a la SALUD TOTAL EPS, ante el ADRES?

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-489/18:

Conforme al mandato de especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la figura de la licencia de maternidad la cual es un período de descanso remunerado en época del parto.

Inicialmente, dicho periodo se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

Según esta Corporación 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 ésta 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 considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento".

La licencia de maternidad además de tener una connotación económica deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas; e (ii) 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 calidad.

Cabe resaltar que para esta Corporación, la licencia de maternidad es 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".

Esta prestación cobija tanto a personas vinculadas mediante contrato de trabajo como a todas aquellas que con motivo del nacimiento, suspenden sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que satisfacían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.

Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad:

La licencia de maternidad se encuentra regulada en el artículo 1° de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017^[31] en estos términos:

"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."

En Sentencia SU - 075 de 2018, la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:

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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

La Sentencia T T-278/18:

Como se expuso anteriormente, de acuerdo con el régimen legal aplicable, cuando se trata de trabajadoras dependientes, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, ellas 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, éstas 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.

EL CASO CONCRETO

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es afirmativo, dado a que el no pago de la licencia de maternidad vulnera derechos fundamentales a la madre y al recién nacido, como es el mínimo vital, entre otros, por lo tanto, la decisión del juez fallador es aceptada por este juez de tutela, dada a que la misma tiene respaldo probatorio y jurisprudencial para proceder a la tutela de los derechos fundamentales constitucionales invocados.

Aunado a lo anterior y como fundamento a la repuesta al problema jurídico planteado, en reiteradas jurisprudencias el máximo órgano constitucional, ha manifestado que la prestación de la licencia de maternidad y dispone que podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, en el caso en concreto la EPS es quien a solicitud del afiliado debe garantizar dichas prestaciones como derecho amparado en materia constitucional. Y que derivado de esto el accionado manifiesta que el día 19 de junio de 2019 la accionante solicitó la liquidación de la licencia referida, indicando la parte accionada que los pagos al sistema de seguridad en salud no fueron continuos durante el periodo de gestación, por lo que no era posible realizar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad.

En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia.

Algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la

familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental.

Por su parte, 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 a su vez, el artículo 2.1.13.2 del citado decreto se ocupa de regular el caso de la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y cotiza un período inferior al de gestación. Según esta disposición tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad de la siguiente manera: (i) Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia y (ii) 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, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017, reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

La anterior regulación permite concluir, para lo que interesa a la presente causa, que las trabajadoras independientes deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS.

Así las cosas, razón le asiste al juez fallador al ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuando existe dentro del juicio constitucional las pruebas fehacientes, como es el Registro Civil de Nacimiento del recién nacido, pagos de aportes en salud de la actor y la licencia otorgada por el médico tratante, por lo tanto, no cabe duda para este Juez de Tutela sobre la protección constitucional especial que le asiste a ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES, por lo tanto, los argumentos del escrito de impugnación, no se comparten, pues, a todas luces resulta evidente y viable el amparo a los derechos fundamentales invocados con fundamento en la jurisprudencia citada.

Con respecto a los argumentos de la impugnación, se percibe que la EPS tutelada en su escrito de contestación e impugnación le liquidó de manera proporcional la licencia de maternidad a la actora de la tutela, sin embargo, así como lo estableció el juez fallador, no existe prueba que a fecha se le haya cancelado, por lo tanto, es dable, resaltar que la EPS accionada, solo pidió que se le concediera la facultad de recobro ante el ADRES, pues, para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo¹. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las jurisprudencias citadas, la licencia de maternidad a ANGELICA MARIA ARAUJO FUENTES y el derecho fundamental que le asiste al mínimo vital, es dable de proteger los derechos fundamentales, por lo tanto, no se comparte los argumentos de la impugnación de primera instancia y se procede a confirmar íntegramente la misma.

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

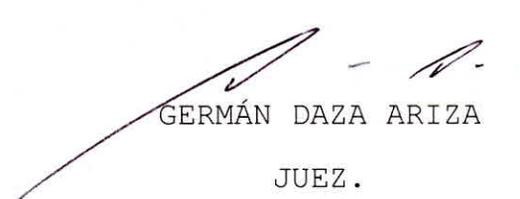
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia fechada 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, por las motivaciones expuestas.

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.

¹ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

