



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., 25 AGO 2023

Acción de Tutela de Segunda Instancia
Rad: 110014003007 2023 00733 01

MOTIVO DE LA INSTANCIA

Decide el Juzgado la impugnación promovida por la EPS accionada en contra del fallo de primera instancia proferido en julio 13 de 2023, por el Juzgado Séptimo (7) Civil Municipal de Bogotá D.C. dentro de la acción de tutela propuesta por JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE en nombre propio y en representación de su hija menor MIA MARTÍNEZ CARRASCAL en contra de la SALUD TOTAL EPS, donde se vinculó de oficio al la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES y a la CLINICA LA COLINA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, y la niñez, asignada por reparto en julio 27 de 2023.

ANTECEDENTES

1.- Expone la accionante como fundamentos de hecho los siguientes:

1.1.- Que está afiliada a Salud Total EPS a través del régimen contributivo en calidad de independiente; que el 6 de octubre de 2022, dio a luz a su hija y por ello, solicitó a la EPS el pago de la licencia de maternidad, pero en respuesta la accionada se negó a realizar el reconocimiento, bajo el argumento de haber realizado "*pagos de forma extemporánea*"; que dicha situación, vulnera sus derechos fundamentales en la medida que no pudo seguir atendiendo sus obligaciones económicas, haciéndola recurrir a familiares y amigos para la subsistencia de ella y su recién nacida.

1.2.- Por lo expuesto, solicitó se le protejan los derechos fundamentales vulnerados por la EPS accionada.

2.- ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1.- Avocado el conocimiento por el Juzgado Séptimo (7) Civil Municipal de Bogotá D.C., por auto adiado mayo 23 de 2023, admitió la acción constitucional y ordenó oficiar a la entidad accionada, para que se pronunciaran al respecto. Así mismo, se vinculó de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES y a la CLINICA DE COLINA.

2.2.- La accionada SALUD TOTAL EPS, manifestó que la presente acción debe ser denegada por improcedente, toda vez que no existe acción u omisión de su parte respecto a lo solicitado; que según su base de datos la accionante está afiliada a la entidad en el régimen contributivo con estado "*activo*", en calidad de cotizante independiente; que una vez validada la

licencia de maternidad "con fecha de inicio del 06/10/2022", encontró que el aporte realizado a la EPS correspondiente al mes de Noviembre de 2022, se hizo de forma "extemporánea - 11/11/2022, fecha límite de pago 02/11/2022", razón por la cual no es viable su autorización y reconocimiento; que en el presente asunto quiere aclarar que no existe mora por parte de la afiliada, sino un pago extemporáneo de las cotizaciones; que en caso de considerar que debe asumir el pago de la incapacidad, se debe ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General en Seguridad Social en Salud - Adres, que realice el reembolso del 100% del mismo

2.3.- A su turno, el vinculado CLÍNICA COLINA, informó que la señora Carrascal ingresó al servicio de urgencias de la institución el 6 de octubre de 2022 con embarazo de 38.4 semanas, con actividad uterina regular, por lo que se ingresa a hospitalización para atención del parto y se llevó a cabo cesárea segmentaria transperitoneal sin complicaciones. Así las cosas, una vez la paciente fue estabilizada el 8 de octubre se autorizó el egreso con recomendaciones médicas pertinentes, signos de alarma, orden de medicamentos, cita control y licencia de maternidad por 126 días.

No obstante, a lo anterior, expone que la presente acción está dirigida en contra de SALUD TOTAL EPS, mediante la cual se pretende el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, por lo que dicha clínica no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la acción solicitando así su desvinculación de la tutela.

2.4.- Por su parte, la vinculada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, manifestó su falta de legitimación en la causa por pasiva. Expone adicionalmente la improcedencia de la acción por tratarse de pretensiones económicas, así como por existir un medio ordinario para lograr el reconocimiento y pago de la licencia pretendida.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer un recuento sobre lo sucedido en el trámite de la instancia y citar jurisprudencia relacionada con el tema, el **A-quo TUTELÓ** el amparo constitucional al mínimo vital y, en consecuencia, ordenó a Compensar EPS S.A. a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, reconozca y pague a la señora JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE, la totalidad de la licencia de maternidad concedida de conformidad con lo expuesto ut supra.

IMPUGNACIÓN AL FALLO PROFERIDO

Notificada en debida forma la sentencia, la EPS Salud Total, dentro de la oportunidad concedida impugnó el fallo de primera instancia, quien reiteró que el reconocimiento de la licencia no es pertinente, ya que encontramos inoportunidad en los aportes a salud realizados para el mes de inicio de la licencia, teniendo en cuenta que su fecha límite de pago era el 2 de noviembre de 2022 y este fue generado el (11 de noviembre 2022), por lo tanto, no es posible generar reconocimiento de la prestación por no cumplir con los requisitos establecidos en el decreto 1427 de 2022 compilado en el Decreto 780 de 2016, en sus artículos 2.2.3.2.1 y 2.2.3.2.7.

Por lo anterior, queda demostrado que SALUD TOTAL EPS no esta vulnerando ningún derecho fundamental, sino por el contrario se acoge a la línea normativa señalada para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas ya que en caso tal de proceder con lo pretendido en el escrito tutelar, ignorando las leyes preestablecidas se estaría incurriendo en una indebida destinación de los recursos otorgados desde el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD (SGSSS)

CONSIDERACIONES

En primer lugar, ha de partir esta instancia por admitir su competencia para conocer y decidir sobre la presente impugnación de conformidad con la prescripción del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

No pierde de vista este despacho que, en reiteradas ocasiones, la H. Corte Constitucional ha manifestado la improcedencia de la acción de tutela para zanjar pretensiones de orden laboral al considerar que la vía judicial adecuada para ello, lo es la jurisdicción laboral ordinaria, con todo, también hizo énfasis en que el amparo sale adelante como mecanismo transitorio cuando de lo que se trata es de amparar el derecho al mínimo vital del afectado cuando se comprueba la existencia de un perjuicio irremediable, emergiendo así la convicción de que sólo por este medio es posible amparar los derechos fundamentales vulnerados por encontrarse la persona en estado de indefensión.

Sin embargo, cuando las circunstancias particulares del caso que se analiza, lleven al convencimiento de que sólo por este medio es posible amparar los derechos fundamentales vulnerados, y que, otro medio de defensa resultaría ineficaz, el juez constitucional puede acceder a la salvaguarda solicitada de manera definitiva, caso en el cual surge un ámbito autónomo de procedencia del mecanismo por encontrarse el afectado en estado de indefensión (*al respecto ver la sentencia de tutela T-120 de 2011*).

De la procedencia de la acción de tutela para amparar el pago de la licencia de maternidad.

La jurisprudencia ha sido clara al indicar, que es posible amparar por vía de tutela el derecho al pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando se demuestre el perjuicio irremediable que, para el caso en concreto, resulta ser la afectación del mínimo vital de la accionante y su menor hijo, quien depende económicamente de ella, además de que se demuestre que efectivamente hay lugar a la causación de dicha prestación económica.

Al efecto, la Corte Constitucional, desde antaño, ha decantado que la licencia de maternidad tiene como finalidad ofrecer a la madre y su hijo el

descanso y la atención necesaria, en vista de las especiales circunstancias en que se encuentran, por ello, resulta claro que si con la omisión referida por la accionante, esta atención se está perturbando ha de considerarse como procedente el amparo tutelar deprecado. Sobre el particular vale la pena traer a colación lo expuesto en la sentencia T-014 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en donde se expresó:

«En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad¹⁰. Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su hijo o hija, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia¹¹.»

Bajo ese lente, resulta de particular importancia proteger a la mujer embarazada y al hijo producto del embarazo, para cuyo efecto ha sido instituida la licencia de maternidad, la cual ha trascendido el campo de la normatividad meramente legal, para adquirir carácter constitucional, alcanzado así el rango de derecho de fundamental, cuando su desconocimiento conlleva la vulneración de otros derechos, entre ellos, los derechos de los niños, los cuales tienen relación sobre los derechos de los demás al decir de la Carta Política (art. 44).

EL PAGO COMPLETO Y EL PAGO PROPORCIONAL DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

Los artículos 8, 63, 70 y 80 del Decreto 806 de 1998¹, han dispuesto que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se deben tener en cuenta, los siguientes requisitos:

“(i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de maternidad; (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el periodo de gestación; (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica²”.

De la misma forma, el Decreto 1804 de 1999³, señala los siguientes requisitos:

“(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 21⁴); (ii) que los pagos hayan sido

¹ Decreto 806 de 1998.

² Sentencia T-1223 de 2008, MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁴ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la

efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 21⁵); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 21⁶)⁷.

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 47 de 2000⁸, establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a saber:

*“... Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:
(...)”*

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...).”

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud

incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. || Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el periodo de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. || Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...).”

⁵ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el periodo en que esté disfrutando de dichas licencias. (...).”

⁶ Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. || 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. || Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que faltan para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

⁷ Sentencia T-1223 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación⁹.

Posteriormente esta misma Corporación, modificó tal y como se mencionó en el capítulo precedente, su jurisprudencia teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que *“la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el periodo de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”*¹⁰. De esta manera, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y, en consecuencia, ordenando que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aún cuando no se haya cotizado durante todo el periodo de embarazo a las entidades prestadoras de salud.

La Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida¹¹ con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: **(i)** teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del periodo de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, **(ii)** si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del periodo de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007¹², se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta nueva regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(...) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006¹³. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su periodo de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007¹⁴ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su periodo de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007¹⁵, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo

⁹ Sentencia T-127 de 2009. MP; Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Sentencia T-204 de 2008.MP. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el periodo de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el periodo de gestación.

¹² Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

¹³ Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que "en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el periodo de cotización debe ser igual al de la gestación"¹⁶.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%)." (Subrayado fuera de texto)

La anterior posición fue reiterada en la Sentencia T- 837 de 2010¹⁷, donde sostuvo que la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se interrumpe la cotización por un periodo inferior a dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes. De esta manera, se protege el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

De los derechos fundamentales invocados en esta acción tuitiva.

En lo que atañe al **mínimo vital**, éste fue conceptualizado por la H. Corte Constitucional como «...aquella que tienen todas las personas de vivir en condiciones dignas, es decir, aquellas que garanticen al pensionado acceder a un ingreso periódico que les permita satisfacer sus necesidades básicas, como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras»¹⁸, es más, en un reciente pronunciamiento, la misma Corporación bajo la ponencia del H. Magistrado Alberto Rojas Ríos sostuvo:

«86. Se ha dicho que el derecho al mínimo vital tiene una estrecha relación con otros derechos constitucionales como la dignidad humana y la vida en condiciones dignas, toda vez que "constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional."¹³³⁹

87. Al respecto, en sentencia T-316 de 2015, este Tribunal señaló "que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma,

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁸ Sentencia T-404 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas de la condición socioeconómica que ha alcanzado a lo largo de su vida»¹⁹.

En cuanto a los requisitos para el amparo constitucional, frente al **derecho a la salud**, la H. Corte Constitucional ha señalado en Sentencia T-189 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, lo siguiente:

«El Derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia

El artículo 49 de la Carta Política reconoce la obligación por parte del Estado de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieren. A partir del texto de dicha disposición, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha precisado que dicho derecho es de carácter fundamental y que comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud²⁰.

Sin embargo y sin dejar de reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud, esta Corporación ha precisado que, al menos por ahora, no todos los aspectos del derecho a la salud son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, pues “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho.”²¹

Así las cosas, la acción de tutela, como mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara el derecho a la salud en su dimensión de acceso a los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, protege la garantía básica con la que cuentan todas las personas de tener acceso efectivo a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad²²”.

Frente al derecho a la **seguridad social**, éste tiene fundamento en el art. 48 de la Constitución Política y en él se establece que “...es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley», así, el Máximo Órgano de lo Constitucional ha sido grandilocuente en establecer que “...la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos»²³.

Del caso en concreto.

¹⁹ Sentencia T-027 de 2019

²⁰ Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

²¹ Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008 entre otras.

²² Ver Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 1998, entre otras.

²³ Sentencia T-378 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Desde el preámbulo, se advierte por esta Superioridad que el fallo interpelado debe confirmarse, como pasa a exponerse.

En relación con la problemática expuesta, bien pronto se columbra la prosperidad del resguardo implorado por la actora, toda vez que, en el escrito tutelar manifestó que, con la negativa de la EPS accionada en pagarle su licencia de maternidad, se le ha afectado, entre otros, su mínimo vital, dado que la única fuente de sustento suya y de su hija es el salario que percibe por su labor, razón por la cual se habrá de tener como plenamente demostrado que se le está vulnerando su mínimo vital. A efectos de demostrar el nacimiento de su hija, allegó copia de su Registro Civil de Nacimiento.

Y es que, si se miran bien las cosas, la EPS SALUD TOTAL al momento de ejercer su derecho de defensa, más allá de pregonar la improcedencia de este resguardo ya que, *“encontró inoportunidad en los aportes a salud realizados para el mes de inicio de la licencia, teniendo en cuenta que su fecha límite de pago era el 2 de noviembre de 2022 y este fue generado el (11 de noviembre 2022), por lo tanto, no es posible generar reconocimiento de la prestación por no cumplir con los requisitos establecidos en el decreto 1427 de 2022 compilado en el Decreto 780 de 2016, en sus artículos 2.2.3.2.1 y 2.2.3.2.7”*, lo cierto es que no manifestó nada frente cómo se desarrolló tal acto o, en su defecto, el trámite que se le dio a la licencia de maternidad a fin de llegar a la conclusión de negarla, como, tampoco aportó prueba siquiera sumaria que diera cuenta de ello, por lo que, someter entonces a la señora JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE a acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, ciertamente, pone en riesgo el goce de la prestación..

En ese orden de ideas y a título ilustrativo, se indicará, en primer lugar, que la licencia de maternidad tiene como finalidad ofrecer a la madre y su hijo el descanso y la atención necesaria, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que se encuentran, resulta claro que si con la omisión referida por el accionante, esta atención se está perturbando ha de considerarse como procedente el amparo tutelar deprecado. Al punto, de tiempo pretérito, aquella Colegiatura en la sentencia T-568 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se expresó:

«... la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre...».

Pese a lo dicho, tampoco puede pasarse por alto que el hecho de no haberse cancelado oportunamente los aportes a la seguridad social, hace improcedente la acción de tutela, y que, en tales circunstancias, no tiene derecho a reclamar la licencia de maternidad, como en efecto ocurrió, pues el impulsor manifestó en su libelo demandatorio que el argumento utilizado por la EPS accionada para no concederle la licencia de maternidad, fue el pago extemporáneo de los aportes durante el término de gestación.

No empecé, de tomarse hipotéticamente ese evento, la jurisprudencia también ha establecido que, excepcionalmente, el pago de la prestación económica derivada de la maternidad cuando no se han efectuado de manera continua los aportes a la EPS. Así, por ejemplo, en sentencia T-

931/03, M.P. Clara Inés Vargas, la H. Corte dispuso, que «[n]egar la licencia con el argumento formal de que la accionante tuvo una interrupción de 11 días en su cotización es optar por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C.P.».

Por demás, es importante advertir que el Decreto 780 de 2016 estableció unos parámetros para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, por concepto de incapacidades laborales de origen común, así: (i) ser afiliado cotizante y (ii) haber efectuado aportes por un mínimo de 4 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, para el reconocimiento de la licencia de maternidad, se requiere haber cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un mínimo de semanas durante el periodo de gestación.

Esta misma norma, en el artículo 2.1.9.1. dispone que durante los periodos de suspensión por mora no habrá reconocimiento de prestaciones económicas salvo que, la E.P.S. se haya allanado a la mora, es decir que, teniendo a su disposición mecanismos de cobro coactivo al empleador moroso no hizo uso de ellos. No obstante, esta razón no puede afectar al afiliado quien es la parte débil de la relación contractual.

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 periodo 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 periodo 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 periodo real de gestación.

En los casos en que durante el periodo 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 periodo 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.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”
(Negrilla y resalta el Despacho)

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en las probanzas recaudadas, esta juzgadora advierte que la señora JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE cumple con los presupuestos establecidos en el Decreto 780 de 2016, para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, esto es: (i) "estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de Cotizante", toda vez que, se encuentra afiliada a la EPS Salud Total, como cotizante - activa; y, (ii) "haber efectuado aportes por un mínimo de 4 semanas", requisito que no fue objetado por la EPS accionada, puesto que la negativa del reconocimiento y pago de la licencia se basa en el aporte realizado a la EPS correspondiente al mes de Noviembre de 2022, que se hizo de forma "extemporánea - 11/11/2022, fecha límite de pago 02/11/2022".

Cabe considerar por otra parte, que de conformidad con las normas y la jurisprudencia aplicable para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad e incapacidades laborales de origen común referenciadas en las consideraciones generales de esta providencia, esta falladora llegó a la conclusión que existe una interpretación errada de la norma o una indebida aplicación de la misma por parte de la EPS Salud Total, pues como bien lo advierte el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016, para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requiere que: **1) la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación**, presupuesto que se encuentra debidamente acreditado dentro de las pruebas allegadas a esta acción constitucional, y **2) 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**, requisito que se encuentra plenamente acreditado dentro del dossier y que tumba el argumento dado por Salud Total EPS, toda vez que, el pago extemporáneo, no da lugar, a no reconocer y pagar la licencia de maternidad de la señora JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE.

Por consiguiente, resulta claro que se generó el derecho que tiene la señora JESSICA ANDREA CARRASCAL MONSALVE, de recibir la licencia de maternidad en razón del nacimiento de su menor hija ocurrido el 6 de octubre de 2022, como se demuestra con la copia de la historia clínica y licencia de maternidad, así mismo, que ha cancelado las cotizaciones correspondientes durante todo su periodo de gestación, luego, lo procedente es que el reconocimiento de la prestación se efectúe y de manera total y no proporcional, comoquiera que jurisprudencialmente se ha establecido un límite máximo de dos meses sin cotizar para proceder al reconocimiento del 100% de la licencia de maternidad, ya que en caso contrario se reconocerá de manera proporcional al tiempo cotizado durante el embarazo, hecho que, a todas luces, no refule en este asunto.

No empecé, de tomarse hipotéticamente ese evento, la jurisprudencia también ha establecido que, excepcionalmente, el pago de la prestación económica derivada de la maternidad cuando no se han efectuado de manera continua los aportes a la EPS. Así, por ejemplo, en sentencia T-931/03, M.P. Clara Inés Vargas, la H. Corte dispuso, que «[n]egar la licencia con el argumento formal de que la accionante tuvo una interrupción de 11 días en su

cotización es optar por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C.P.».

Bajo ese entendido, hay que recordar que la prestación concedida a la precursora «...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[29]"²⁴.

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en las probanzas recabadas, como se anticipó, habrá de concederse el amparo tuitivo deprecado, ordenando a **SALUD TOTAL EPS** el reconocer y pagar la licencia de maternidad reclamada.

Corolario y sin mayores elucubraciones que a la postre resultan innecesarias, resulta procedente confirmar el fallo impugnado, por las razones expuestas en la parte motiva.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

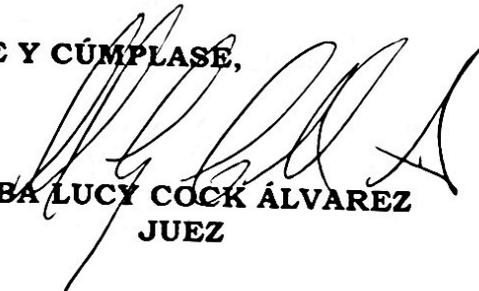
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en este asunto en julio 13 de 2023, por el Juzgado Séptimo (7) Civil Municipal de Bogotá D.C., por las razones que se dejaron consignadas en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO: NOTIFICAR este fallo al Juzgado de origen y a las partes por el medio más expedito, de tal manera que se asegure su conocimiento.

TERCERO: REMITIR el expediente digital dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ALBA LUCY COCK ÁLVAREZ
JUEZ

²⁴ Sentencia T-489 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.