

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – VEINTIUNO (21) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. No. 2020-0133-00/ S.I 2020-0218-01
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS

ASUNTO A TRATAR

Se decide la impugnación a que fuere sometido el fallo de tutela del 11 de agosto de 2020, proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por la señora MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ, en contra de SALUDTOTAL E.P.S. S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la Salud, a una Vida Digna, a los derechos de la mujer en lactancia, a los derechos de los niños, a la Igualdad y al Mínimo Vital.

HECHOS

El accionante expresa como fundamentos del libelo incoatorio los hechos que se resumen a continuación:

Sostiene encontrarse afiliada ante SALUD TOTAL EPS en calidad de Cotizante Cabeza de Familia, desde Junio de 2.013 y que como tal, dio a luz a su ELIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, en la Clínica La Misericordia Internacional OINSAMED S.A.S., el 28 de Marzo de 2.020.

Que la entidad aportante “Servicios Generales R y L S.A.S.”, presentó la documentación requerida ante la EPS accionada, que a su vez procedió el 15 de mayo de 2020 a transcribir el Certificado de Licencia de Maternidad P9233939, no obstante, señala que transcurridos más de 70 días calendario, aún no ha sido autorizado el pago de su licencia de maternidad.

Asegura, que su empleador SERVICIOS GENERALES R y L S.A.S. ha efectuado de forma extemporánea el pago de algunos aportes al SGSS-Salud, a pesar de ello, sostiene que la accionada SALUDTOTAL E.P.S. S.A., no rechazó los mismos, limitándose a condicionar tal situación al pago de de \$100 por interés moratorio por cada día de atraso, allanándose a la mora.

Que hasta el momento, solo ha recibido apoyo solidario en su condición especial de madre lactante de hijo recién nacido por parte de su empleadora, considerando injustificada e ilegal el hecho de que SALUDTOTAL E.P.S. S.A, no proceda al pago del auxilio económico, entre tanto la empresa aportante y ella han insistido vía telefónica y virtual solicitando información y respuesta sobre el pago de la licencia de maternidad, ante lo que la accionada SALUD TOTAL E.P.S. S.A., se limita a responder que se encuentra en proceso de pago.

PRETENSIONES

Solicita la actora el amparo de los derechos fundamentales invocados y que se ordene a la accionada SALUD TOTAL EPS a reconocer y pagar la licencia de maternidad N° 9233939 autorizada el 15 de mayo de 2020 y en proporcionalidad al tiempo cotizado.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela correspondió por reparto al JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD, siendo admitida a través de auto calendario 11 de agosto de 2020, ordenándose oficiar a las autoridades accionadas a fin de que rindieran un informe detallado sobre los hechos relacionados en la solicitud de amparo. En dicha providencia, se resolvió la vinculación de SERVICIOS GENERALES R y L S.A.S.

INFORME SALUD TOTAL EPS.

La accionada Secretaría SALUD TOTAL EPS en cabeza de la señora DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, en calidad de Gerente de SALUD TOTAL EPS-S S.A., Sucursal Barranquilla rindió informe en los siguientes términos:

Asegura que dicha entidad no ha incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, a quien señala se le han suministrado los servicios médicos y prestaciones requeridas, oponiéndose a las pretensiones.

Señala, que no se encuentra legitimada para responder por las pretensiones elevadas por la actora, toda vez que la llamada a proceder al pago de lo reclamado es la empresa empleadora SERVICIOS GENERALES RYL S.A.S.

Que al consultar con el área de Control Interno de la entidad que representa, evidenciaron que la actora fue contratada por la empresa de SERVICIOS GENERALES RYL S.A.S., el 19 de Septiembre de 2019, es decir, para la fecha en que fue contratada contaba con aproximadamente cuatro (04) meses de embarazo, afirmando que además de la contratación en estado de embarazo, llama la atención la variación excesiva e injustificada del Ingreso Base de Cotización con el que cotizó durante su período gestacional, el cual ascendía a un valor de \$3.900.000.

Sostiene que al validar el comportamiento de pagos de la cotizante pudieron evidenciar que entre octubre y noviembre de 2019 registró un IBC por \$3.500.000 y de entre diciembre de 2019 y junio de 2020 un IBC por \$3.900.000.

Que tras analizar la documentación aportada por la empresa empleadora, evidenciaron que según Contrato de Trabajo la actora ejerce el cargo de "Coordinadora de Recursos Humanos", con inicio de labores el 01 de Agosto de 2019, con un IBC por \$3.900.000, no obstante, conforme a los desprendibles de nómina, tiene un IBC por \$3.900.000, desde el inicio de la presunta relación laboral y para los períodos de cotización: entre octubre y noviembre de 2019 se reportó con un IBC por \$3.500.000.

Alega que al establecer comunicación telefónica con la cotizante, esta indicó que trabaja para la empresa en mención, sin suministrar dirección de la misma, ni el cargo que ejerce, señalando además que su salario asciende a la suma de \$2.000.000.

Por otro lado, argumenta que las firmas registradas a nombre de la cotizante y encontradas tanto en el contrato de trabajo como en el formulario de afiliación son diferentes, adicionalmente, aunado al hecho de que la empresa registra 21 contratos vigentes, asegurando que se trata de una empresa que simula un contrato laboral a fin de captar personas que no cuentan con un vínculo laboral y así acceder al Sistema General de Seguridad Social, razones por las que procedieron a instaurar una denuncia ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Asegura, que las actuaciones desplegadas por SALUD TOTAL EPS no pretenden vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital de la actora, ya que con ello recuerdan que el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador de reportar adecuadamente la información sobre el pago de los empleados a su cargo, resulta necesaria para realizar un correcto cobro de las prestaciones económicas ante la Entidad Promotora de Salud, señalando que corresponde al empleador el pago y reconocimiento de la licencia solicitada, que a su vez es una prestación económica que cubre a las madres cotizantes dependientes o independientes que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la ley 1822 de 2017.

Que corresponde entonces al empleador, cubrir las prestaciones y cumplir con el pago de sus obligaciones para posteriormente solicitar el reembolso ante la EPS, señalando que es el empleador la entidad que al no cumplir con el pago correspondiente y que la obligación surgida en virtud de sus omisiones no pueden recaer en cabeza de la accionada, entidad que a su vez tiene como finalidad el salvaguardar y velar por los recursos de la salud.

Finalmente, asegura que SALUD TOTAL EPS no se encuentra obligada a asumir el pago de las prestaciones económicas recién llamadas, si no se cumplen con los requisitos establecidos y señalados en la Ley.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD través de fallo calendado 10 de agosto de 2020 resolvió la solicitud de amparo, del cual se transcribe su parte resolutive:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional invocado por la señora MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ contra SALUD TOTAL EPS, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SALUD TOTAL que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad N°. P9233939 con fecha de expedición 15 de Mayo de 2.020, a favor de la señora MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ, correspondiente al nacimiento de su menor hijo.

TERCERO: ADVERTIR a la empresa SERVICIOS GENERALES RYL S.A.S, que se abstenga de incurrir en actuaciones como la ocurrida en el presente asunto, y realice el pago de las licencias de maternidad directamente a sus empleadas, y luego repetir o cobrar la licencia a la respectiva EPS. (...)

Decisión fundamentada al considerar que se encuentra acreditada la licencia de maternidad otorgada por 126 días a la actora, por el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 2020 y el 31 de julio de 2020, de forma proporcional al tiempo cotizado, resultando evidente que la EPS accionada se ha abstenido de efectuar el pago al encontrar una serie de irregularidades en el proceso de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de la actora.

Señala el A quo, que las controversias que surjan entre las EPS y los empleadores no pueden ser trasladadas a los trabajadores, puesto que se infiere que tanto accionada EPS como la vinculada empresa empleadora, se han negado en otorgar el pago de su licencia de maternidad su mismo empleador, prestación que conforme a lo dispuesto en la ley recae sobre la entidad promotora de salud, vulnerando entonces los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la actora.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la señora DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, obrando en calidad de Gerente de Salud Total EPS sucursal Barranquilla, impugna en fallo de primera instancia insistiendo en los argumentos esbozados en el informe rendido en el trámite de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado en los antecedentes, corresponde analizar lo siguiente:

¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales invocados por la señora MARÍA ALEXANDRA MORENO FLOREZ, presuntamente vulnerados por SALUD TOTAL EPS al no proceder al pago de la licencia de maternidad?

¿Se dan los presupuestos jurídico - fácticos para revocar la decisión impugnada?

EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS: Consagrado en el artículo 11 de nuestro Estatuto Constitucional al señalarlo como un derecho inviolable, siendo este una

garantía fundamental, de exigente aplicación; es el soporte sobre el cual se desarrollan los demás derechos y su efectiva protección corresponde a la plena vigencia de los fines del Estado Social de Derecho, constituyendo así una responsabilidad esencial del Estado. Es obligación primaria de las autoridades la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas y en sus demás derechos, entre ellos el de la integridad personal, tal como lo proclama el artículo 2º de la Constitución.

MÍNIMO VITAL: La Corte Constitucional retomando importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha encontrado que la Constitución protege el derecho fundamental al “mínimo vital”. Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación - del Estado o de un determinado particular - de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona. La Corte Constitucional se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: (1) como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna; y (2) como el núcleo esencial de los derechos sociales – como el derecho a la pensión o al salario - cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales. En este último caso, la Corte sostiene que un derecho social puede adquirir el rango de fundamental por conexidad cuando se vulnera el mínimo vital.

La acción de tutela es un instrumento de defensa de los derechos fundamentales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución de 1991 y desarrollada por el Decreto 2591 de la misma anualidad, dejando claro la norma que regula la materia que dicho mecanismo sólo resulta procedente para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública o en casos especiales por particulares y el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial.

Ha sostenido entonces en abundante jurisprudencia nuestra máxima Corporación Constitucional que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a que una garantía constitucional se encuentre vulnerada o amenazada de violación, sin que exista otro medio de defensa judicial idóneo para dispensar la protección de rigor.

La Acción Constitucional de Tutela, tal y como ha sido consagrada por el constituyente entonces, tiene como antes se apuntó el carácter de residual y subsidiaria, lo que se traduce en el hecho de que dicho mecanismo especialísimo solo es viable cuando no existe una institución procesal específica para que se pueda conseguir por parte del accionante la protección efectiva de sus derechos fundamentales. De igual manera la misma podrá ser utilizada por los asociados cuando se deba evitar un perjuicio irremediable, cumpliendo así con una tercera función como mecanismo transitorio.

“Protección constitucional, convencional y legal especial durante y en la época posterior al parto. Reiteración de jurisprudencia. La maternidad un derecho humano

La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar.

Así, la Constitución de 1991, consagró dicha protección especial, a la mujer en período de gestación y lactancia en su artículo 43:

“(…) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Esta norma implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido.

El artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), señala:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

El literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ley 51 de 1981), indica:

“A 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 Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.

De la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, al igual que de la Convención Interamericana Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer, se destaca que la importancia social de la maternidad y la función de ambos padres en la familia y en la educación de los hijos, resaltando que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino, que debe existir una armonización de las responsabilidades laborales y familiares en el hogar, así mismo, se debe ser consecuente en que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, la familia, la sociedad y el Estado.

En todos estos convenios, la normativa desarrollada, relativa a la protección de la maternidad y, el cuidado de los hijos, proclaman como derechos esenciales en todas las esferas, el empleo, el derecho de familia, la atención de salud y la educación.

En el artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (Ley 319 de 1996), respecto al derecho a la Seguridad Social, se consagró que:

“Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

Igualmente, el Convenio N° 3 de 1919, el cual, en su totalidad, versa sobre la protección a la maternidad, ratificado por Colombia el 20 junio 1933, aún en vigor, en su artículo 3º, establece:

“Artículo 3. En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:
(a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
(b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;
(c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

(d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia”.

Es por ello que el Estado debe propender hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios esenciales de la fórmula política acogida en el artículo 1º Superior. La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano.

Partiendo del reconocimiento de la maternidad como un derecho humano cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual proclama que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. También establece que toda persona tiene derecho a la vida familiar, a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, a sí misma y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia, incluso por lo que respecta a los servicios sociales y el derecho a la seguridad social.

El Convenio N° 100 y la correspondiente Recomendación (núm. 90), así como, el N° 111 de la OIT, adoptados por Colombia el 7 de junio de 1963 y que se encuentran actualmente en vigor, se refieren a medidas especiales, que propenden hacia la no discriminación, destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial, como el caso específico de la maternidad.

Igualmente, mediante estos convenios se reconoció la importante relación entre la aplicación del principio de igualdad de remuneración para las mujeres y los hombres ante un trabajo de igual valor, y otras medidas, como el establecimiento de servicios de bienestar y servicios sociales que correspondieran con las necesidades de las trabajadoras, especialmente de aquellas que tuvieran cargas familiares.

Así mismo, en el derecho interno, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA ÉPOCA DEL PARTO. Modificado por el art. 34 de la Ley 50 de 1990, Modificado por el art. 1, Ley 1468 de 2011. Modificado por el art. 1, Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:

- “ 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.*
- 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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.*
- 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-543 de 2010.”*

El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para

que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.

En este sentido, existe un marco jurisprudencial claramente delimitado sobre las decisiones que sobre la licencia de maternidad adopten las entidades promotoras de salud como las que en sede de tutela deban disponer los jueces constitucionales.”¹

Los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, reiterados en la sentencia T – 503 -2016.

7.1. Los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, 1804 de 1999 y 47 de 2000, así como la jurisprudencia constitucional, han determinado los requisitos legales en relación con la obligación que tienen las EPS de pagar la licencia de maternidad, a las afiliadas que hayan dado a luz a su hijo:

(i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación².

Jurisprudencialmente esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido³.

(i) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho⁴.

La Corte Constitucional ha establecido⁵, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad⁶.

(ii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, *“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”*.⁷ 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.*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-503/16. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Decreto 47 de 2000, Art. 3, núm. 2.

³ Recientemente en la Sentencia T-554 de 2012 y T-034 de 2007 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte sostuvo: *“(…)la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida”*

⁴ Decreto 1804 de 1999, Art. 21, núm. 1.

⁵ Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

⁶ La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁷ Sentencia T-049 de 2011 y T-368 de 2015.

*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*⁸.

(iii) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.

(iv) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia⁹.

CASO CONCRETO

Corresponde a esta agencia judicial determinar si se ha vulnerado por parte de SALUD TOTAL EPS. S.A. los derechos fundamentales invocados por la señora MARÍA ALEXANDRA MORENO FLOREZ, como consecuencia de no habersele reconocido y cancelado la licencia de maternidad N° P9233939 del 15 de mayo de 2020.

Del análisis de las pruebas allegadas al plenario, resulta evidentemente acreditada la licencia de maternidad que fue concedida a la actora por el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 2020 y el 31 de julio de 2020 proporcionalmente al tiempo cotizado,.

Por otro lado, la EPS accionada se abstiene de efectuar el pago alegando haber identificado una serie de irregularidades acaecidas en el proceso de afiliación de la actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Durante el trámite, el A quo señala en el fallo proferido en sede de primera instancia que las controversias entre las EPS y los empleadores no pueden ser trasladadas a los trabajadores.

Ahora bien, esta agencia judicial comparte los argumentos esgrimidos por el A quo al ser evidente que la accionada EPS persiste en la vulneración de los derechos fundamentales de la actora al no proceder al pago de su licencia de maternidad, prestación recae sobre la accionada entidad promotora de salud.

Por otro lado, no es de recibo por parte del Despacho las alegaciones y argumentos planteados por la representante de la EPS accionada, al señalar una serie de irregularidades, que de ser ciertas, deberán y deben ser debatidas en el escenario idóneo para ello, maxime si se tiene en cuenta que se manifiesta que iniciaron los tramites pertinentes ante la Fiscalía General de la Nación con una denuncia penal en la que se plasman los argumentos esgrimidos hoy en sede constitucional.

Lo cierto, es que actualmente se encuentran vulnerados los derechos fundamentales no solo en cabeza de la actora sino de su menor hijo recién nacido, quienes no pueden resultar afectados por un tema meramente administrativo entre empleador y EPS, por situaciones que deberán ser ventiladas ante las autoridades correspondientes y en el escenario ideal para debatir los argumentos esgrimidos, no siendo entonces este mecanismo constitucional el mecanismo idóneo para ello, aunado al hecho, se reitera, de la evidente vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante y su menor hijo.

Acudiendo a las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, en materia de licencia de maternidad, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños; independiente de

⁸ Ídem. Con base en el principio pro homine se debe emplear "la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas.

⁹ T-1014 de 2003.

los tramites administrativos o irregularidades alegadas por la accionada, que dicho sea de paso, debio proceder a su verificación al momento de la afiliación de la actora y no pretender hacerlo al momento de proceder al pago de la prestación que ya se encuentra debidamente autorizada y otorgada.

Así las cosas, considerando que el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad N° P9233939 a favor de la señora MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ, constituye una vulneración a los derechos fundamentales a la Salud, a una Vida Digna, a los derechos de la mujer en lactancia y derechos de los niños, a la Igualdad y al Mínimo Vital tanto del menor como de su madre, el Despacho pasará a CONFIRMAR en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD el 11 de agosto de 2020.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 11 de agosto de 2020 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MARIA ALEXANDRA MORENO FLOREZ contra SALUDTOTAL E.P.S. S.A., de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, al a quo, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: En su oportunidad remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1.991 y de conformidad con los lineamientos establecidos en atención a la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia COVID 19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ

Firmado Por:

**JULIAN ENRIQUE GUERRERO CORREA
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
ATLANTICO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

db6734ba90452a57f2026c5ee0527f624f4ddc6304cc56da8864fc6d0b774295

Documento generado en 23/09/2020 04:26:02 p.m.