

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, agosto catorce (14) de dos mil veinte (2020).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por la vinculada **COLINDUSTRIAL M&G S.A.S.**, contra el fallo de tutela fechado 10 de julio del 2020 proferido por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, dentro de la acción de tutela impetrada por **TANIA CONTRERAS BERTEL** contra la **NUEVA EPS**, trámite al que se vinculó de oficio a la empresa COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., UNIDAD CLÍNICA SAN NICOLÁS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADMINISTRADORA ADRES.

ANTECEDENTES

TANIA CONTRERAS BERTEL, actuando en nombre propio impetra la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, vida. Solicita se ordene a la NUEVA EPS reconocer, autorizar y pagar en su totalidad la licencia de maternidad por un total de 126 días desde el 13 de mayo del 2019 hasta el 15 de septiembre del 2019.

Como hechos sustentatorios del petitum, dice que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS S.A. en régimen contributivo, que el 13 de mayo del 2019 ingreso a la IPS para programación de parto por cesárea, razón por la que acudió a su EPS a través de su empleador para solicitar el pago de la correspondiente licencia de maternidad por 126 días que van del 13 de mayo del 2019 al 15 de septiembre del mismo año.

Refiere que la parte accionada de manera unilateral y sin justificaciones eximentes, se sustrae de cancelar la prestación económica derivada de la licencia de maternidad a su favor, sin ningún tipo de miramientos hacia su estado de salud como madre y

neonato, situación que afirma la perjudica a ella y a su núcleo familiar puesto que depende en forma exclusiva de su salario, razón por la que ha quedado sin percibir ningún tipo de ingreso debido al incumplimiento en el pago de la prestación económica.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha junio veinticinco -25- del 2020, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, admitió la presente acción tutelar y ordenó vincular a la empresa COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., UNIDAD CLÍNICA SAN NICOLÁS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADMINISTRADORA ADRES.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y DEL VINCULADO.

LA UNIDAD CLINICA SAN NICOLAS, ADRES, NUEVA EPS, COLINDUSTRIAL MYG S.A.S. y la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, contestaron dentro del término de Ley, la acción constitucional de las que les fue corrido el traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del 10 de julio del 2020, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, CONCEDIO la acción de tutela promovida por la señora TANIA CONTRERAS BERTEL contra la NUEVA EPS, en la cual se vinculó de manera oficiosa a COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., UNIDAD CLÍNICA SAN NICOLÁS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADMINISTRADORA ADRES. Le ordeno a COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., que en un término no mayor a SETENTA Y DOS (72) horas siguientes a la notificación del fallo proceda a reconocer y cancelar a favor de la señora TANIA CONTRERAS BERTEL la licencia de maternidad por 126 días, la cual inició de fecha 13 de mayo de 2019, hasta el día 15 de septiembre de 2019.

IMPUGNACIÓN

COLINDUSTRIAL MYG S.A.S, a través de su representante legal impugno el fallo de primer grado argumentando que existe en el mismo una falta de técnica jurídica, pues NO desvincula a la EPS pero tampoco emite ninguna orden en contra de la misma, siendo desacertado el análisis que el *a quo* realiza del artículo 227 del Código del Trabajo, puesto que pese, pese a que dicha norma señala la responsabilidad del empleador en el pago de las Incapacidades de origen común, dicha obligación se

satisface al momento de realizar los pagos correspondientes al SGSSS, tal como lo entendió el legislador al tenor de los mandatos de la ley 100 de 1993 y Decreto 2943 de 2013. Razón por la que peticona se revoque el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación de la accionante resulta evidente frente a los derechos que se dicen vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-

3.- En el presente caso corresponde al despacho determinar si le asiste razón a la vinculada **COLINDUSTRIAL M&G S.A.S.**, para impugnar el fallo de tutela aduciendo que a quien corresponde efectuar el pago de la Licencia de Maternidad por 126 días es a la NUEVA EPS, y no a ella.

4.- Respecto al reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, en especial en la sentencia T-115/10 ha establecido diferentes reglas para el pago proporcional de la licencia de maternidad tales como:

“3.1.10. A estas reglas ha de adicionarse la reformulación efectuada por la Sentencia T-1223 de 2008, en la que se distinguieron dos supuestos fácticos diferentes, a efectos de determinar si el pago de la licencia de maternidad -de prosperar la protección constitucional-, debía ser proporcional o total. -El primero, tiene que ver con el de las mujeres que pagaron tarde. En este caso, se trata de eventos en los que la trabajadora o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización de forma extemporánea y

la EPS lo ha recibido, por lo que procede el pago completo de la licencia. -El segundo supuesto es el de las mujeres que pagaron incompleto. En estos casos, las trabajadoras que han cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación, en este evento, la compensación opera de manera proporcional. Es decir, la consecuencia jurídica en lo que respecta al amparo constitucional varía dependiendo del tiempo cotizado, así: a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia y b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación. Así, teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si el caso analizado es de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”.

5.- Así mismo la Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida 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. Y 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 período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa**, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

6.- De la misma manera, respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando la cotización es inferior al periodo de gestación mediante sentencia T-368 de 2015 señaló que:

“Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con las circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, atendiendo su circunstancia específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido. Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. En lo referente al anterior requisito, la Corte Constitucional ha establecido, 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 maternidad”.

6.1. Sin embargo, la misma Corporación ha inaplicado en varias ocasiones la anterior disposición legal y en su lugar ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de

maternidad, no obstante, a que la afiliada no haya cotizado a la EPS durante todo el periodo de gestación. Al respecto ha señalado:

“En sentencia T-206 de 2007 esta Corporación sostuvo que “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”.

Posteriormente en Sentencia T-475 de 2009 recogió las reglas acerca de la procedibilidad del amparo de tutela para el pago de la licencia en el evento en que la madre no efectuó las respectivas cotizaciones dentro del periodo de gestación y el pago completo o proporcional de la referida prestación. En aquella oportunidad afirmó:

(i) En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”.

(ii) El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.

(iii) 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”

7.- No obstante, si bien es cierto que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a las controversias económicas y la procedencia de su reclamación por vía de tutela, indicando que en general no son de recibo, al existir otro medio de defensa, como lo son las acciones ordinarias ante la Jurisdicción respectiva, también lo es que con la misma firmeza se ha pronunciado sobre la excepcional procedencia del mecanismo Constitucional cuando con ello se pretende la protección de un derecho fundamental vulnerado o amenazado como el mínimo vital, o el amparo de los individuos de especial protección como lo son entre otros la mujer embarazada y los niños.

8. En el recurso de alzada, rebate la vinculada COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., la orden proferida en la sentencia de primer grado, arguyendo que es a la NUEVA EPS a quien le corresponde reconocer y efectuar el pago de la licencia de maternidad prescrita a la accionante y no a ella.

8.1.- Pues bien, frente al reconocimiento económico que deben realizar las EPS respecto a incapacidades, aunque se encuentre en mora o el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud se haya efectuado de manera extemporánea, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2017 así:

*“La jurisprudencia de la Corte ha establecido en múltiples casos que **“cuando los empleadores o trabajadores independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud, EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general**, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido la Corte extendió la figura del allanamiento a la mora en el pago de las licencias de maternidad, a los casos de reconocimiento y pago de incapacidades laborales. La sentencia mencionada, estableció que el allanamiento a la mora cuyo origen se remontaba al caso de licencias de maternidad, tenía total vigencia y aplicabilidad en los casos de las incapacidades laborales por presentarse supuestos similares en los cuales las entidades se negaban a reconocer las prestaciones que les correspondían, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos de los aportes, sin que hubieran actuado para remediar esta situación.*

En ese orden de ideas, se considera que la EPS se allanó a la mora, toda vez que no rechazó nunca los pagos extemporáneos ni utilizó los mecanismos judiciales correspondientes para hacerlos efectivos de forma oportuna. De esa forma, como lo ha establecido la jurisprudencia, “no puede a posteriori transferirle las consecuencias negativas que se generan como consecuencia de su aquiescencia y falta de diligencia, pues de hacerlo, eso resultaría contrario a los principios de continuidad en la prestación del servicio y buena fe, en los que se basa la teoría del allanamiento a la mora”.

En sentencia T 529 de 2017 la misma corporación dijo:

“Ahora bien, esta Corte ha estudiado la aplicabilidad de dichos requisitos en numerosas ocasiones y si bien ha determinado que se trata de exigencias válidas, ha entendido que su aplicabilidad, en específico en lo relativo al segundo de los requisitos reseñados, requiere que las empresas prestadoras del servicio de salud (E.P.S.) hayan efectuado las actuaciones que, con ocasión a la mora, son correspondientes, esto es, que hayan actuado para solicitar el pago a través de los mecanismos de cobro coactivo que estableció la misma Ley 100 de 1993, o que haya rechazado los pagos efectuados fuera del término establecido”.

De conformidad con lo expuesto, esta Corte ha determinado que, en los casos en que las E.P.S. no efectuaron las actuaciones que con ocasión a la mora debían realizar, resulta necesario concluir que éstas se allanaron y aceptaron el incumplimiento del afiliado y, en ese orden de ideas, no pueden entonces excusarse en la falta de pago oportuno para negarse a pagar el valor de las incapacidades médicas.

Lo anterior, pues se ha considerado que, de aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los

afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto, sobre todo porque se estaría impidiendo que dichas cotizaciones puedan ser contabilizadas para los efectos que justificaron su cancelación, esto es, cubrir de las contingencias en las que se puedan ver inmersos los afiliados.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones esta Corporación, y ha indicado que las E.P.S. “no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Por ese mismo sendero en sentencia T 671 de 2007 la Honorable Corte Constitucional expuso:

“La Corte ha sido clara en señalar que si las entidades de salud no manifiestan su inconformidad al momento en que se efectúa el pago “extemporáneo”, no podrán posteriormente alegar esta circunstancia como causa suficiente para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, pues en estos casos, se estaría ante un allanamiento a la mora, originada en la propia negligencia de la entidad en exigir de sus afiliados el pago oportuno de las cotizaciones, máxime cuando ésta dispone de los medios legales para hacerlo.

En este sentido –ha dicho la Corte- aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la E.P.S. demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la E.P.S. demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora” (subrayado y negrilla fuera de texto).

9.- Así las cosas, es claro para esta instancia que por esa senda, existe mérito para **modificar** la orden dada en el fallo proferido por la Juez *a quo*, dado que a quien corresponde efectuar el reconocimiento y pago de la Licencia de Maternidad prescrita a la accionante **TANIA CONTRERAS BERTEL**, es a la **NUEVA EPS S.A.**, quien en efecto sí recibió de parte de la actora y/o su empleador el pago de los aportes al SGSSS, como se advierte de las pruebas allegadas por la misma EPS al encuadernamiento, situación que genera la obligación para la EPS de reconocer la incapacidad generada.

Es que es para el Despacho no existe duda de que es a la EPS y no al empleador a quien corresponde asumir el pago de la licencia de maternidad, por cuanto es ella quien ha recibido los aportes al SGSSS, y así desde antaño y en múltiples oportunidades lo ha dispuesto la Honorable Corte Constitucional, como fue en la sentencia **T 489 de 2018**, en la que dijo:

*“Dado que existe certeza respecto del derecho que le asiste a la accionante en relación con el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, por cuanto en el expediente obran copias de las cotizaciones realizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en las cuales se evidencia que la señora Ana Isabel Cadena Rey cotizó ininterrumpidamente como independiente durante todo su periodo de gestación, esto es, nueve meses desde septiembre de 2016 hasta junio de 2017, cuando nació su hija, se ordenará a **MEDIMÁS EPS** que proceda a reconocer y cancelar la licencia solicitada.*

Así las cosas, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca el 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela presentada por la señora Ana Isabel Cadena Rey. En su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana de la accionante.

*En virtud de lo anterior, **la Sala le ordenará a MEDIMÁS EPS** que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la señora Ana Isabel Cadena Rey.”* (Subrayado fuera de texto).

Así también lo dispone el artículo 2.2.3.1. del Decreto 780 de 2016:

*“**Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas.** A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad. **El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC,** a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original.)

9.- En ese orden de ideas, se confirmará con modificación el fallo de tutela de fecha 10 de julio del 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, los numerales 1º, 3º, 4 y 5º del fallo de tutela de fecha febrero 10 julio del 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de

Barrancabermeja dentro de la acción de tutela impetrada por TANIA CONTRERAS BERTEL, contra la NUEVA EPS, trámite al que se vinculó de oficio a la empresa COLINDUSTRIAL MYG S.A.S., UNIDAD CLÍNICA SAN NICOLÁS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADMINISTRADORA ADRES.

SEGUNDO: MODIFICAR, el numeral 2º del fallo de tutela referido, el cual queda como sigue:

*“**SEGUNDO: ORDENAR** a LA NUEVA EPS, que en un término de setenta y dos -72- horas siguientes a la notificación del fallo proceda a reconocer y cancelar a favor de la señora TANIA CONTRERAS BERTEL, la licencia de maternidad por 126 días la cual inicio el 13 de mayo del 2019 hasta el 15 de septiembre del 2019, de conformidad con las normas citadas en esta providencia, so pena de imponer las sanciones a que se refieren los arts. 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.”*

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado.

CUARTO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CESAR TULIO MARTINEZ CENTENO
JUEZ

