SENTENCIA DE TUTELA No. 107
PRIMERA INSTANCIA

Referencia: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**
Accionante: LUZ AMANDA VARGAS LOPEZ en nombre propio y representación de su menor hijo IAN ANDRES FONTECHA VARGAS
Accionada: SALUDTOTAL EPS
Radicación: 2020-00297-00

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DÉCIMO CIVIL MINICIPAL

Manizales (Caldas) veintiséis (26) de agosto del dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.

Decidir sobre la acción de tutela instaurada por la señora Luz Amanda Vargas López quien obra en nombre propio y en representación de su menor hijo Ian Andrés Fontecha Vargas, contra la EPS SALUDTOTAL a fin de que se le amparen los derechos fundamentales a "la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital".

II. IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:

La señora Luz Amanda Vargas López, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.109.291.877 y el menor Ian Andrés Fontecha Vargas identificado con NUIP No. 1.056.143.159 reciben notificaciones en el correo electrónico incapacidades@catemporales.com.

III. IDENTIDAD DEL ENTE ACCIONADO Y EL VINCULADO:

EPS SALUDTOTAL, recibe notificaciones en el correo electrónico anngievo@saludtotal.com.co

IV. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

La accionante impetró esta acción constitucional a fin de que se le amparen a ella y a su menor hijo los derechos fundamentales a "la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital" los cuales afirma le está siendo vulnerados por la entidad accionada, según los hechos que a renglón seguido se sintetizan:

1. La accionante manifiesta encontrarse afiliada al régimen contributivo en salud en la EPS SALUDTOTAL.

2. Que le fue generada licencia de maternidad por el término de 126 días, dada la gestación y nacimiento de su menor hijo.

3. Que el día 13 de mayo de 2020 recibió una contestación por escrito de parte de la EPS SALUDTOTAL, luego de haber radicado la documentación para el reconocimiento de dicha licencia, donde le manifestaron que dicha solicitud se encontraba en estudio por parte de una segunda instancia.

4. Realiza una relación de los últimos pagos de su seguridad social donde manifiesta que la EPS SALUDTOTAL no puede afirmar que los aportes fueron cancelados por fuera de las fechas, ya que ella ha cancelado la totalidad de los intereses moratorios".

5. Finaliza refiriendo que se le ha generado una "afectación gravísima a su mínimo vital" por el no pago de la licencia de maternidad, ya que su familia depende económicamente de ella, pues al ser trabajadora independiente, sus ingresos son diarios y es con ello con lo que debe sustentarse a ella y a su familia.

Una vez se verificó que la presente acción se ajusta a los lineamientos generales exigidos, fue avocado su conocimiento, y se ordenó la notificación de la entidad accionada y de las vinculadas, quienes ejercieron su derecho de defensa como pasa a relatarse:

EPS SALUDTOTAL: Gloria Esperanza Duque Ospina, actuando en calidad de administradora de sucursal Manizales de la EPS SALUDTOTAL, en escrito allegado al despacho el día 18 de agosto de 2020, refirió que las pretensiones de la accionante ya se encontraban satisfechas por parte de su representada, pues afirma que ya le fue reconocida la licencia de maternidad por un valor de $ 2.843.212 y la que fue cancelada a nombre de la empresa empleadora AFFIS CALI S.A.S. Sin embargo, la EPS no aporta prueba alguna de haber efectuado el pago que refiere.

Por lo anterior, solicita al despacho se declare la carencia actual de objeto por hecho superado en este asunto, pues consideran que las pretensiones de la acción tuitiva ya fueron superadas.

LA ACCIONANTE: a pesar de que el despacho mediante auto que admitió la acción de tutela la requirió para que absolviera interrogatorio sobre su situación económica, para establecer los ingresos de su núcleo familiar, hasta el momento de proferir esta sentencia no se tuvo respuesta por parte de la misma.

V. GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86 dispuso como mecanismo Institucional la Acción de Tutela, la cual fue reglamentada por el legislador mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, estableciendo, entre otros derechos, que toda persona puede solicitar ante la autoridad competente la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos

resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos establecidos en la ley, entendiéndose incluidos los consagrados como derechos de los menores y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y acogidos por la Ley Colombiana.

Pese a lo anterior, este mecanismo constitucional no se predica como un nuevo arbitrio procesal, de jerarquía extraordinaria, ni de preferente escogencia por quien la invoque, pues no puede ser convertida en un instrumento paralelo a las vías de protección fijadas en la ley. Por su esencia y fundamento la Acción de Tutela es prevalente y tiene la fisonomía característica de solución o cura para la efectividad en la protección de un derecho constitucional, considerada excepcional porque únicamente es procedente ante la evidencia cierta de una restricción arbitraria de las libertades reconocidas por la Constitución o bien de la existencia de una amenaza inminente y grave de que en el futuro esa restricción se producirá de no mediar la tutela.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces de la República, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal, con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata por parte del Estado de sus derechos fundamentales, en un caso en particular, consideradas las circunstancias específicas en que se encuentre y en las que se produjo la amenaza o vulneración, y a falta de otros medios, buscando que se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebrantos o amenazas a tales derechos. De esta manera se logra cumplir uno de los fines esenciales del Estado (C.P. Art. 2º.) consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna.

Legitimación de las partes

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de los derechos constitucionales propios y los de su menor hijo. Por su parte, la accionada es una entidad de derecho privado y está legitimada en la causa por pasiva en este procedimiento.

Competencia

Este despacho tiene la competencia para tramitar y fallar la acción incoada, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 en el cual se asigna su conocimiento a todos los Jueces de la República sin determinar competencia territorial de manera exclusiva, salvo el lugar donde ocurre la vulneración del Derecho. Es pues el Decreto 1983 de 2017 que asigna a los Jueces con categoría municipal el reparto de las tutelas dirigidas contra particulares.

Pruebas obrantes en el expediente.

- A la acción de tutela se anexaron: la historia clínica de la accionante Luz Amanda Vargas López, certificado de nacido vivo y el registro de nacimiento del menor menor Ian Andrés Fontecha Vargas y copia de la licencia de maternidad otorgada por el término de 126 días.

- Con la contestación LA EPS SALUDTOTAL aportó: Respuesta a la acción constitucional emitida por la Administradora de la Sucursal de Manizales y el certificado de existencia y representación de la EPS SALUDTOTAL.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema planteado consiste en determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante Luz Amanda Vargas López y su menor hijo Ian Andrés Fontecha Vargas, al no RECONOCER Y CANCELAR LA LICENCIA DE MATERNIDAD A LA QUE TIENE DERECHO POR EL TERMINO DE 126 DIAS.

VII. CONSIDERACIONES

1. De la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad, en principio, es un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protegerse por la vía de la tutela, no obstante lo cual cuando se haya en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido, como el derecho a la vida digna, la seguridad social y a la salud, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de la tutela, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en las sentencias T-175, T-210, T-362, y T-496 de 1999, las T-97 y 664 de 2002, y en la T-460 de 2003, entre otras.

A más de ser un derecho fundamental por conexidad, la reclamación por vía de tutela del mismo, ostenta de un término especifico, el cual se encuentra decantado por jurisprudencia constitucional; que determina que debe ser dentro del primer año de vida tal y como lo ha definido a lo largo de sus sentencias y en las que ha manifestado lo siguiente:

> *(…)"En tercer término, la Corte ha establecido el plazo de un año para que una mujer solicite ante la jurisdicción constitucional, a través de la acción de tutela la protección de sus derechos constitucionales y los de su hijo, cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) no le ha reconocido y pagado la licencia de maternidad a la cual tiene derecho. Esta directriz tiene sustento en la orientación brindada por la Corte Constitucional a partir del año 2003 en virtud de la cual, "siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación".*

A su vez nuestro máximo tribunal constitucional en sentencia T-1223 de 2008 cuyo magistrado ponente fue el Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, respecto de los requisitos para poder acceder al beneficio de la licencia de maternidad estableció:

> *(…) La Corte Constitucional ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (artículos 44 y 50 de la Constitución). Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha establecido adicionalmente que el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.*

Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad fueron descritos antes y pueden resumirse en los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya 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 cuanto (i) al primer requisito, ha sido uniforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que el incumplimiento del mismo 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 (artículos 43 y 53 de la Constitución) y para los niños (artículos 44 y 50 de la Constitución). 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 interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.

Frente (ii) al segundo requisito mencionado la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS demandada no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el 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 de la mujer.

Finalmente, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que, aun cuando se verifique que la accionante cumple con los requisitos legales para que la Entidad Promotora de Salud le pague la licencia de maternidad, para que sea procedente su reclamación a través de la acción de tutela, es necesario comprobar que en el caso concreto se presenta una vulneración de su mínimo vital y el de su hijo recién nacido, debido al no pago de la licencia.

Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo, o cuando el salario es su única fuente de ingreso y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

En todos los casos el período de gestación, para efectos de verificar la cotización durante las semanas, depende del caso concreto. Es decir, la obligación de cotizar durante todo el período de gestación depende de la duración del mismo en cada caso concreto, sin que puedan aplicarse presunciones acerca de la gestación para efectos de exigir un mayor número de semanas de lo que efectivamente dure dicho período. Por ejemplo, en la sentencia T-971 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), se estudiaron diversos casos en los que las mujeres había tenido períodos de gestación conformados por números de semanas distintos. En dicha oportunidad afirmó la Corte, reiterando su jurisprudencia: "(…) a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros. De tal manera, que las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el

período de gestación; y la indicación de que el periodo de gestación corresponde a 36 semanas, no puede aplicarse, para efectos del cálculo de las semanas cotizadas, como regla general a todos los casos."

1.1. Del hecho superado

Nuestra máxima Corporación Constitucional se ha pronunciado, en forma por demás reiterada, en los siguientes términos:

"Si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, bien sea mediante la realización de una conducta positiva, ya por el cese de los actos causantes de la perturbación o amenaza, o por la vía de una abstención. De lo contrario, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-036 del 2 de febrero de 1994).

"De lo anterior se colige que la decisión judicial mediante la cual se concede una tutela tiene por objeto la restauración del derecho conculcado, ajustando la situación planteada a la preceptiva constitucional.

"Si ello es así, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -bien sea por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- conduce a la pérdida del motivo constitucional en que se basaba el amparo. Ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia. -T-139 de 1998-(subrayas fuera de texto).

Sobre la decisión a adoptar, ya la misma Corporación había expresado, en la sentencia de revisión T-522 de 1997, lo siguiente:

"En los casos en los que los hechos que dieron lugar a la acción de tutela han desaparecido al momento de entrar a dictarse sentencia, esta Corporación ha manifestado que la acción de tutela pierde su razón de ser. En efecto, en estas situaciones sólo cabe negar la petición de amparo por sustracción de materia, pues no existe un objeto jurídico tutelable, en razón de la extinción de la alegada amenaza o vulneración del derecho fundamental".

2. CASO CONCRETO

2.1 Lo planteado por la parte accionante.

Manifiesta la accionante que se le vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital propios y los de su menor hijo por cuanto la EPS SALUDTOTAL no ha RECONOCIDO Y CANCELADO LA LICENCIA DE MATERNIDAD A LA QUE TIENE DERECHO POR EL TERMINO DE 126 DIAS.

2.2 De lo probado se tiene

Se desprende del acervo probatorio adosado al dossier que a la señora Luz Amanda Vargas López le fue generada licencia de maternidad por el término de

126 días dado el nacimiento de su hijo Ian Andrés Fontecha Vargas el día 14 de noviembre de 2019, expedida por la CLINICA VERSALLES. Frente a ello, en su contestación la accionada afirma haber cancelado la licencia de maternidad que depreca la accionante a la empresa empresa empleadora AFFIS CALI S.A.S, lo cierto es que no fue aportada ninguna prueba que acredite que efectivamente el pago ya fue efectuado.

2.3 Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, no puede declararse que hay un hecho superado por carencia actual de objeto en este caso, pues no basta con la simple afirmación por parte de la entidad accionada de haber cumplido con lo pretendido, en tanto se hace necesario que el juez de tutela pueda constatar que dicho incumplimiento efectivamente ha cesado.

Así las cosas, se encuentra esta dependencia ante la apremiante necesidad de conceder el amparo constitucional reclamado respecto de los derechos anunciados por la demandante, y como efecto implícito de ello, se ordenará a SALUDTOTAL EPS que realice el pago de la licencia de maternidad a la accionante en el término perentorio de cuarenta (48) horas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO MUNICIPAL DE MANIZALES (CALDAS),** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

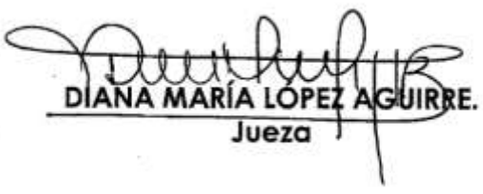
PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital dentro del presente trámite de tutela promovida por la señora **LUZ AMANDA VARGAS LOPEZ** identificada con cedula No. 1.109.291.877, en nombre propio y en representación del menor **IAN ANDRÉS FONTECHA VARGAS** identificado con NUIP No. 1.056.143.159, en contra de la **EPS SALUDTOTAL**, por las razones que fundamentan este fallo.

SEGUNDO. ORDENAR a la **EPS SALUDTOTAL**, por intermedio de su Representante Legal, que, en un lapso no superior a 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, **CANCELE** la licencia de maternidad que por el término de 126 días a que tiene derecho la accionante.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz, con la advertencia de que podrá ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado.

NOTIFÍQUESE,



DIANA MARÍA LÓPEZ AGUIRRE.
Jueza

JUZGADO DECIMO CIVIL MUNICIPAL
MANIZALES – CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADOS

La providencia anterior se notifica en el Estado

No. 084 Del 27 de Agosto de 2020

FRANCISCO CARRASCO VELASQUEZ
SECRETARIO