

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766077**

Agustín Codazzi – Cesar, Junio Veintitrés (23) de Dos Mil Veintidós (2.022).

REF: Acción de Tutela promovida por la señora MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, en su propio nombre y en representación de su menor hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, en contra de DUSKAWI EPS. Vinculada: SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR y SISTEMAS DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO S.A.S. Radicación No: 200134089001-2022-00200-00

ASUNTO A TRATAR

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por la señora, MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, en contra de DUSAKAWI EPS, habiéndose vinculado a la misma a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CESAR, en defensa de sus Derechos Fundamentales y a los de su agenciada, a la Vida en Condiciones Dignas, Seguridad Social en Salud, e Igualdad consagrados en los artículos 1, 11, 13, 48, y 49 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.....

ANTECEDENTES

La señora MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, mediante solicitud radicada por reparto en este Juzgado, deprecia de esta agencia judicial la protección de sus Derechos Fundamentales y los de su agenciada, a la Vida en Condiciones Dignas, Seguridad Social en Salud, e Igualdad consagrados en los artículos 1, 11, 13, 48, y 49 de la Constitución Política, pretendiendo para ello se ordené a la entidad accionada DUSAKAWI EPS, lo siguiente: **A.)** ... El reconocimiento y pago de los 120 días correspondiente a la licencia de maternidad.

Finca la accionante su solicitud, en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que es cotizante en calidad de independiente de la EPS Asociación de Cabildos Indígenas del Cesar DUSAKAWI EPSI.
- Que en Febrero del 2021, suscribió contrato con el "RESGUARDO INDÍGENA YUKPA MENKME MISHAYA Y LA PISTA "como dinamizadora en el programa modalidad propia intercultural hasta el 31 de Diciembre del mismo año.
- Quedó embarazada de su hija Kimberly Ayala Martínez estando afiliada a la EPS.
- Que tuvo a la menor el 16 Diciembre de 2021.
- Que la Empresa Multiactiva de Salud SERMULTISALUD SAS, por motivos de parto, expidió licencia de maternidad con incapacidad No 01000307009 con fecha inicial 16/12/2021 hasta 14/04/2022 para un total de 120 días
- Que la entidad accionada cubrió la totalidad de la atención médica, como quiera que esta se encontraba a paz y salvo en las cotizaciones.
- Que procedió a reclamar la licencia de maternidad conforme al Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 2 de la Ley 2114 de Julio 29 de 2021, siendo así lleva los documentos requeridos para la misma adicional al certificado original de incapacidad o licencia emitido por la IPS o profesional médico autorizado, historia clínica, fotocopia documento de identidad, la EPS manifestando que así falta Registro Único Tributario (RUT) documento que no se presenta porque en esos momentos la DIAN no estaba agendado citas, cabe resaltar que le recibieron todos los documentos y quedaron en comunicarse para dar información al respecto.

- Que de forma sorprendente la EPS DUSAKAWI no reconoció el pago de los 120 días, refiriendo que no era posible porque por el contrato de prestaciones de servicio por el cual esta vinculada, vence el 31 de Diciembre del año 2021
- En su calidad de empleada independiente y cotizante de la seguridad social no existe razón alguna de orden jurídico y lógico por la que la EPS DUSAKAWI no reconozca el pago de la licencia de maternidad, de lo cual ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital y al de su hija recién nacida, toda vez que su salario es su único sustento y ha debido soportar situaciones indescriptibles.

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: **a).** _ Copia de la historia clínica donde consta la fecha de parto a término. **b).** _ Copia de licencia de maternidad y fecha de parto. **c).** _ Copia del Registro Civil de Nacimiento de su hija Kimberly Ayala Martínez. **d).** _ Certificado de nacido vivo de su hija Kimberly Ayala Martínez. **e).** _ Copia de los pagos de seguridad social. **f).** _ Copia de la afiliación a la EPS.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado e: Nueve (9) de Junio de Dos Mil Veintidós (2.022), requiriéndose a la entidad accionada DUSAKAWI EPS, y a las entidades vinculadas SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR y SISTEMAS DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO S.A.S, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por la peticionaria, habiéndose pronunciado la primera, mientras que las otras guardaron absoluto silencio.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA

DUSAKAWI EPS: _ El señor ARISTIDES LOPERENA, en su aducida calidad de representante legal de la entidad demandada, al referirse a los hechos de la presente solicitud señala que una vez verificada la información en el sistema integral, frente al **hecho 1:** No es cierto, que MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ se encuentra cotizando como independiente en la EPSI, puesto que en el sistema se evidencia que los pagos los está realizando [la empresa] SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO. **Hecho 2:** Con base a la información suministrada por el área de aseguramiento de esa entidad, se puede evidenciar que el SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO, realizó los pagos a partir de la fecha 07/04/2021 y si la usuaria en mención hubiese estado cotizando como independiente, no hay reporte de planillas de pagos realizados como tal. **Hecho 3:** Si bien la usuaria al momento de ingresar a elaborar con la SOCIEDAD SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO ya se encontraba en estado de embarazo, es decir en el régimen subsidiado a partir de la fecha 07/04/2021 mes subsiguiente inició a cotizar en el sistema de seguridad social en salud. **Hecho 4:** Es cierto que la usuaria dio a la luz el día 16 de diciembre del año 2021 según consta en la historia clínica y cabe aclarar que la entidad donde laboraba no realizó el pago completo de esta fecha pues el empleador según sistema de información se evidencio que le habían terminado contrato. **Hecho 5:** Es cierto que la clínica SERMITISALUD expidió licencia de maternidad de 120 días el cual el sistema de desarrollo empresarial colombiano debe pagar al trabajador y a su vez recóbralo a DUSAKAWI EPSI. **Hecho 6:** Es cierto que la usuaria se ha garantizado una atención integral en salud. **Hecho 7:** La EPS no valida la licencia la usuaria porque la usuaria perdió su condición de cotizante antes del evento (parto) es una situación que debía aclarar con su empleador” esta fue la información brindada desde la radicación de la incapacidad en ningún momento se le ha pedido RUT porque se validó desde el principio que la cotizante no es independiente, si no dependiente de la EMPRESA SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO SAS hasta el día 02/12/2022, en su estado de gestación el empleador no puede desvincular a la afiliada sino garantizar su sustento. Por lo tanto, el empleado no debía ser desvinculado, pero ya eso es una situación ajena a la administradora de salud, posteriormente se vincula en el mes de marzo de 2022. Se anexa notificación afiliación vigencia 2022. **Hecho 8:** Es cierto que el pago no le fue reconocida la usuaria dado que no se encuentra cotizado como independiente si no como dependiente, por lo que correspondería al empleador realizada el pago y luego recobrarlo DUSAKAWI EPS, sin tener que haber incurrido a la tutela indebida. **Hecho 9:** No es cierto que DUSAKAWI le haya estado el pago de licencia de maternidad, pues no está agotado el conducto regular exigido normativamente, no es procedente el pago al usuario directamente porque los apartes los está realizando es SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO SAS, lo que deja en evidencia que no se encuentra cotizado como independiente.

Con respecto a las pretensiones respetosamente se opone de parte del actor debido a que DUSAKAWI EPS, no ha puesto en riesgos ni la vulnerado derechos fundamentales alguno. Atendiendo a la normatividad vigente DUSAKAWI EPS de acuerdo a sus competencias y obligaciones a realizado lo pertinente autorizado los servicios requeridos y ordenado por los médicos tratantes. Lo que deja en evidencia que DUSAKAWI EPSI no ha negado ningún servicio de salud a nuestro afiliado, por el contrario, se les ha brindado una atención integral garantizándole la presentación de los servicios de salud cubierto por el PBS y no PBS.

Seguidamente solicita se declare a DUSAKAWI EPSI no ha amenazado ni ha vulnerado derechos fundamentales de afiliado Maribel Martínez Hernández, representante legal de Kimberly Ayala Martínez por lo que debe declararse la legitimación en la causa por pasiva a favor de la EPSI. También se solicita al despacho vincular y ordenar el pago de la licencia de maternidad al SISTEMA DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO SAS, del usuario dado que es quien ha venido realizando los pagos el pago de los aportes en la entidad administrado de salud por lo tanto se entiende que es un cotizante dependiente.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES.

1._Competencia.

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes.

La señora MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, en su propio nombre y en el de su menor hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, por ser las personas afectadas con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada se encuentra legitimada para incoar la presente Acción de Tutela; mientras que DUSAKAWI EPS, SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR y SISTEMAS DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO S.A.S., por ser la primera la entidad a la cual la accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales y los de su agenciada, y las últimas por haber sido vinculadas a esta actuación, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionadas, dentro de este trámite tutelar.

3._ Problemas jurídicos y esquema de resolución.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i).*_ La procedencia de la acción; y *ii).*_ De ser procedente la acción, establecer si las accionadas, vulneran los derechos fundamentales a la Vida, Seguridad Social y Mínimo Vital, de la accionante señora MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, y de su hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, al no reconocer y cancelar la prestación económica derivada de la Licencia de Maternidad reclamada y de ser así, adoptar las medidas necesarias para su protección.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera **(1).**_ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción incoada. **(2).**_ Se referirá a los derechos cuya protección se impetra. **(3).**_ Se referirá a la normatividad vigente y a la Jurisprudencia Constitucional acerca del reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad. **(4).**_ Se abordará el caso concreto.

3.1._ Procedencia

Respecto a la procedencia de la acción de tutela es dable aclarar que ésta al ser elevada a precepto constitucional por el Constituyente de 1991, ha sido concebida como un medio de defensa, ágil, eficaz, preferente, residual y sumario de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por los particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a)._ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación

de un servicio público. b)._ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c)._ Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede i) cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, ii) en caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y iii) siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos interesa no advierte este aplicador de justicia que el tutelante disponga de otro medio judicial de igual eficacia para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, de allí que se pueda pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2.1 _ Derechos Fundamentales cuya protección se invoca

3.2.1._ Derecho a la Vida._ Como quiera que dentro de los Derechos Fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i). La Autonomía Individual, ii)._ Las condiciones materiales para el logro de una Vida Digna, y iii). La Integridad Física y Moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la Dignidad Humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una Vida Digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T 395 de 1.998, con ponencia del Doctor, Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."

3.2.2._ El carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social.

En lo que atañe al derecho a la Salud y a la Seguridad Social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho Constitucional y un Servicio Público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de Promoción, Protección y Recuperación. A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"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 salud.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su Familia, la Salud y el Bienestar, y en especial la Alimentación, el Vestido, la Vivienda, la Asistencia Médica y los Servicios Sociales Necesarios (...)."

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del Principio de Integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

"(...) La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social (...)."

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del Derecho a la Salud, "la protección de este derecho conlleva para el Juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del Juez o Jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: "(i) *sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)*" y de (ii) *"personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios"*.

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos *"indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad"* de forma que se *"garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona"*. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como *"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"*, obligándose el Estado a *garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social"*.

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del Derecho a la Pensión y a la Salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la Dignidad Humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del Derecho a la

Seguridad Social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la Acción Constitucional de Tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto *"algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación"*.

Así, es una obligación del Estado garantizar el Derecho Irrenunciable a la Seguridad Social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la Acción Constitucional de Tutela.

La Salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de Promoción, Protección y Recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

3.2.3 MINIMO VITAL-Concepto (Corte Constitucional)

El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como "un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna".

3.2.4. Igualdad

Está formulado al comienzo del enunciado al disponer que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley". La expresión "todas las personas" refiere un destinatario universal, que incluye nacionales, extranjeros, personas naturales y personas jurídicas. Se trata aquí de la igualdad formal, de la igualdad de todos ante la ley, que involucra la supresión de privilegios. Fue esta la primera formulación moderna del derecho a la igualdad, que es puramente formal y que omite las referencias al momento material, las desigualdades de la vida real, de la vida cotidiana de las personas.

3.3. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

"(...) 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"

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

"(...) 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".

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los "principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital".

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una "protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores", el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto.

Esta Corporación al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:

"(...) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento".

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que *"dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad"*.

Esta prestación cubija a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

*"Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
"Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto."*

En 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 período 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 período 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 período real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

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."

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, **lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas.** En palabras de esta Corporación se dijo:

"(...) 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". 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. 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 (...)"

Reconocimiento y pago de incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema General de Seguridad Social, en cumplimiento del mandato Superior establecido en el artículo 49 de la Carta Política que obliga al Estado Colombiano a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, creó una protección especial a los trabajadores que se enfrentan a contingencias que les genera una incapacidad para realizar su actividad laboral y, que, en consecuencia, les imposibilita obtener ingreso alguno para su subsistencia. Esta garantía se materializa a través del reconocimiento y pago de incapacidades laborales, ya sean de origen común o profesional.

En este sentido, esta Corporación, en la Sentencia T-490 de 2015, fijó una serie de reglas que explican cuál es la naturaleza y la finalidad del reconocimiento y pago de incapacidades, a saber:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."

En consecuencia, en virtud del principio de solidaridad y en aras de garantizar el derecho fundamental al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas, se creó esta prestación económica para solventar a aquellas personas que por su incapacidad laboral les es imposible percibir un salario. Dicho reconocimiento se encuentra contemplado en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 que establece que a los afiliados del régimen contributivo les serán reconocidas las incapacidades generadas por enfermedades generales, de conformidad con las normas vigentes.

En cuanto al reconocimiento de la incapacidad laboral, esta se origina con la expedición de un concepto médico que acredita la falta de capacidad laboral del trabajador¹⁴²¹, la cual, a su vez, puede ser de tres tipos, a saber:

*"(i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología;*

*(ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%."*¹⁴²¹

Las incapacidades laborales pueden ser de origen común o profesional, debido a que el caso bajo estudio versa sobre el reconocimiento de una prestación económica generada por el estado de gravedad de la accionante, esta Sala solo estudiará el procedimiento para las enfermedades de origen común.

Así las cosas, cuando se trata de incapacidades por enfermedad de origen común, el responsable del reconocimiento y pago de la incapacidad o del subsidio de incapacidad dependerá del tiempo de duración de la misma. De conformidad con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, los días 1 y 2 estarán a cargo del empleador y los días 3 a 180 a cargo de la entidad promotora de salud. De la misma manera, el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 señaló que desde el día 181 hasta el 540 el pago de la incapacidad estará a cargo del Fondo de Pensiones, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

En cuanto a los parámetros para el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad de origen común, el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, establece:

***"Incapacidad por enfermedad general.** Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.*

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones."

De acuerdo con la norma transcrita, para el reconocimiento de las incapacidades originadas por una enfermedad común se requiere: (i) ser afiliado cotizante y (ii) haber efectuado aportes por un mínimo de 4 semanas.

3.4. _ El caso concreto.

En el evento que nos ocupa, se puede extraer del acervo probatorio arrimado, que la situación planteada por la accionante MARIBEL MARTÍNEZ HERNANDEZ consiste en que esta deprecia de esta agencia judicial se ordene a la entidad accionada DUSAKAWI EPSI, proceda a reconocer y pagarle las prestaciones económicas derivadas de la Licencia de Maternidad a la cual considera tener derecho, a la que se contrae esta acción constitucional.

Se tiene conocimiento igualmente, acorde con lo precisado en el certificado del ADREES, que, en efecto, la accionante cotizó al Sistema de Seguridad Social en Salud, en DUSAKAWI EPSI, desde Febrero del 2021, hasta Noviembre del 2021, en el régimen contributivo, de donde emerge entonces que la demandante cotizó a DUSAKAWI EPSI, por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación.

Ahora bien, en los casos en que la madre no ha cotizado al SGSS en Salud la totalidad del período de gestación, ha precisado la Corte que, cuando se niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, esta debe ser cubierta en forma total o proporcional, dependiendo de las semanas cotizadas durante el período de gestación, de tal manera que cuando el período dejado de cotizar al sistema sea inferior a dos meses, las EPS se encuentran obligadas a pagar la totalidad de la licencia de maternidad, mientras que en los eventos en que no se cotice al sistema un término superior a los dos meses del tiempo de gestación, la madre tiene derecho al pago de la licencia de maternidad pero de forma proporcional al tiempo cotizado.

En sentencia T-136 de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte determina:

"(...) concluyó que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema (...).

Emana entonces, de todo lo anterior, que en efecto, aún aceptando lo informado por la entidad accionada DUSAKAWI EPSI y teniendo en consideración la fecha de ocurrencia del parto (Diciembre 16 de 2021), la accionante cotizó al Sistema de Seguridad Social un término superior a los ocho (8) meses del periodo de gestación, es decir, faltó por cotizar menos de dos (2) meses del periodo total de gestación, lo que la hace acreedora al reconocimiento y pago de la totalidad de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, no obstante no existe dentro del plenario prueba siquiera sumaria de que dicha prestación económica haya sido recibida, circunstancia por la que será concedido el amparo deprecado, por cuanto, siendo las cosas de este tenor, es indiscutible que a la accionante le asiste el derecho a que la EPS accionada le reconozca y pague dicha prestación económica, pues, de lo contrario, tal como está ocurriendo, se le vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital y Seguridad Social en Salud, no solo de esta, sino de la nasciturus, privando en consecuencia, tanto a la madre como a la niña recién nacida, de abastecerse de lo necesario para proveerse una vida en condiciones de dignidad, haciéndose necesario entonces la protección de los derechos conculcados, para lo cual se le ordenará a la EPS demandada DUSAKAWI EPSI, que en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a realizar el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad a la que se contrae este trámite. Igualmente se le prevendrá para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la presentación de esta acción de tutela.

REF: Acción de Tutela promovida por la señora MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, actuando en su propio nombre y el de su menor hija KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ, en contra de DUSKAWI EPSI. Vinculada: SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR y SISTEMAS DE DESARROLLO EMPRESARIAL COLOMBIANO S.A.S. Radicación No: 200134089001-2022-00200-00

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley...

RESUELVE

Primero. _ **Conceder** el amparo tutelar a los derechos fundamentales la Vida en condiciones de dignidad, al Mínimo Vital y a la Seguridad Social en Salud, solicitado por la señora **MARIBEL MARTÍNEZ HERNÁNDEZ**, actuando en su propio nombre y en el de su menor hija **KIMBERLY AYALA MARTÍNEZ**. _ En consecuencia se ordena al Representante Legal de la entidad accionada **DUSAKAWI EPSI**, en esta ciudad, o a quien haga sus veces, que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a realizar el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad a la que se contrae esta acción constitucional.

Segunda. _ **Prevéngase** al representante legal de la accionada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la formulación de esta acción de tutela.

Tercero. _ **Por secretaría**, hágasele el seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en el presente fallo.

Cuarto. _ **Notifíquese** este fallo a las partes intervinientes, por el medio más expedito (art. 16 del decreto 2591 de 1991).

Quinto. _ Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Por el medio más eficaz notifíquese a los interesados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ALGEMIRO DÍAZ MAYA
JUEZ