



Facatativá, tres (3) de abril de dos mil veinte (2020)

CLASE DE PROCESO:	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE:	NANCY JANETH PULIDO CADENA
ACCIONADO:	MEDIMAS EPS
RADICACIÓN No:	252692041003 20200026400

ASUNTO A DECIDIR:

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional, la ciudadana Nancy Janeth Pulido Cadena.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONADO:

La acción instaurada es contra la EPS MEDIMÁS, igualmente mediante auto de 26 de marzo de 2020, se dispuso la vinculación de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional por tener eventual interés en las resultas del proceso.

**DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS
O AMENAZADOS:**

Considera la accionante, que con la omisión de la EPS accionada se vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, dignidad humana, seguridad social y salud.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL¹:

Expuso la accionante que en consideración a su gestación, le fueron expedidas incapacidades médicas de la siguiente manera:

1. No. 5253874-1 comprendida entre el 8 y el 31 de enero de 2020, expedida por Subred Norte ESE Hospital de Engativá. Con motivo de una subluxación que sufrió en la zona púlica asociada a su estado de embarazo.
2. No. 247116 comprendida entre el 8 de febrero y el 12 de junio de 2020 expedida por el Hospital San Rafael de Facatativá. Con motivo del nacimiento de su hijo, ocurrido por cesárea de emergencia el 7 de febrero de 2020.

¹ Folios 1-2.

Indicó que al encontrarse afiliada a la EPS MEDIMÁS, radicó para su trámite las dos incapacidades arriba referida, la primera el 28 de enero de 2020 y la segunda el 25 de febrero del mismo año sin que a la fecha la entidad las haya reconocido y pagado.

Que en su condición de contratista de la Dirección de Sanidad del ejército Nacional su contrato de prestación de servicios se halla suspendido siendo su salario la única fuente de ingresos de manera que a la fecha completa más de dos meses sin recibir pagos de alguna naturaleza lo cual atenta contra los fundamentales que invocó.

Dijo que la acción resulta procedente al no tener otro medio de defensa judicial con la idoneidad suficiente para procurar la protección que en este momento requiere y que la acción fue radicada en oportunidad pues la entidad no pueda exigirle que haya radicado las incapacidades en el momento en que se hallaba convaleciente.

Citó senda jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a la procedencia de la acción y del pago que solicita.

Posteriormente y en virtud de auto de mejor proveer, señaló la accionante lo siguiente: *“Buenas tardes teniendo en cuenta correo enviado por ustedes, envió la documentación solicitada de los comprobantes de pago de seguridad social de todo mi período de gestación, los cuales fueron descargados directamente de la página de aportes en línea y para abrirlos y verificar el período de pago, se debe utilizar el número **1032386123** que corresponde a mi cédula, se envía además certificado de nacido vivo y registro civil de mi hijo, gracias quedo atenta a cualquier requerimiento.”* (Subrayas del despacho)

PETICIÓN DE TUTELA

La accionante solicitó como pretensiones, que se ordene a la EPS MEDIMAS el pago de las siguientes incapacidades médico laboral y de maternidad:

- a. Orden médica de incapacidad medico laboral No. 5253874-1 entre el 08 de enero al 31 de enero del 2020 expedida por Subred Norte ESE Hospital de Engativá.
- b. Orden médica de licencia de maternidad No. 247116 entre el 08 de febrero al 12 de junio del 2020 expedida por el Hospital San Rafael de Facatativá.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

La acción fue radicada el día 26 de marzo de 2020 de manera individual para los eventos que se refirieron en los supuestos fácticos, es decir, una demanda para la incapacidad médico laboral y otra para la licencia de maternidad. Fue así como mediante auto de la misma fecha, se avocó conocimiento de la acción y se dispuso su acumulación por haber identidad de sujetos y supuestos. Igualmente, como se indicó atrás se dispuso la vinculación de la

Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al considerarse que le puede asistir interés en las resultas de la acción.

Una vez ingresado el expediente para proferir el fallo, mediante auto de 2 de abril de los corrientes se decretaron pruebas para mejor proveer en tanto ni la entidad demandada ni el vinculado, rindieron el informe solicitado dentro de la oportunidad procesal.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Notificadas la accionada y la vinculada, guardaron silencio tal como se desprende del informe secretarial que antecede.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

En criterio del despacho, los problemas jurídicos se concretan a determinar si las entidades que integran el extremo pasivo han incurrido en vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la demandante, al no reconocer y pagar las incapacidades médico laboral y de maternidad que le fueron expedidas en razón a su condición de gestante.

CONSIDERACIONES:

DE LA NATURALEZA Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Carta Política, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

El ejercicio de este dispositivo procesal, así establecido por el constituyente, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, precisando en su artículo 2º, que los derechos objeto de protección, son aquellos consagrados como fundamentales en la Constitución Política, o los que por su naturaleza permitan su amparo en cada caso concreto.

Entre tanto, el artículo 6º ibídem, señala que la Acción de Tutela no procede en los siguientes casos: (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un

perjuicio irremediable; (iii) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (iv) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Pues bien, en el caso concreto la demandante solicita la protección de los fundamentales al mínimo vital, vida, dignidad humana, seguridad social y salud por lo que procede el juzgado a analizar sobre la procedencia de la acción en relación con el reconocimiento y pago de la licencia o incapacidad por maternidad.

Legitimación por activa

En efecto, la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

La accionante informa ser la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actúa por sí misma al no habersele reconocido y pagado su licencia de maternidad por lo que de contera, se encuentra legitimada por activa.

Legitimación por pasiva

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que hayan violado o amenacen violar un derecho fundamental. Así mismo, el inciso 2 del artículo 42 *ejusdem* señala que procede contra particulares que estén encargados de la prestación del servicio público de salud.

En el sub judice, la acción de tutela se dirige contra MEDIMÁS EPS, entidad de quien la accionante predica la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, al no reconocerle la licencia de maternidad a la que considera tiene derecho.

Aunque no se demostró la afiliación con prueba documental, este juzgado advierte que de los anexos de la acción puede desprenderse que en los dos eventos (subluxación y cesárea) la accionante fue atendida por las IPS en consideración al contrato suscrito con MEDIMAS EPS SAS. Por su parte, conforme a su certificado de existencia y representación legal consultado en el RUES², la accionada es una entidad particular encargada de prestar el servicio público de salud y en tal calidad, podría estar obligada a reconocer y pagar la licencia de maternidad en favor de la actora además de haberse verificado que en sus dependencias fue radicada la solicitud de pago como se desprende de los anexos de la demanda.

Inmediatez

² Registro Único Empresarial y Social Cámaras de Comercio

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador.

En este caso, se observa que la demandante presentó para su pago las incapacidades el 28 de enero y 25 de febrero de 2020 y que presentó la acción de tutela, el 26 de marzo de 2020 por lo que resulta del cas indicar que transcurrieron menos de 2 meses entre la actuación que se puso en consideración de la entidad accionada y la solicitud de amparo por lo que a juicio del despacho, y conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, éste resulta ser un término razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo máxime si se tiene en cuenta que la demandante, se hallaba convaleciente de la cirugía de cesárea mediante la cual fue posible el nacimiento de su hijo y se presume que no estuvo en posibilidad de acudir a realizar los precitados trámite administrativos.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional indica que el plazo para reclamar la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad por vía de acción de tutela es de (1) un año, contado a partir de la fecha del parto³.

Subsidiariedad

Como mecanismo excepcional, la acción de tutela procede para el pago de la licencia de maternidad, no obstante que por regla general la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede para ordenar temas relacionados con controversias laborales, pues existen ciertos mecanismos que el legislador ha previsto para solucionar este tipo de conflictos.

Sin embargo, la pretensión solicitada adquiere relevancia constitucional cuando resulta que se desprende de su no pago, la vulneración a los derechos fundamentales como en el caso en que se afecte el mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, por lo que imponer a la madre a acudir a las acciones ordinarias para solucionar la controversia hace ineficaz el precitado mecanismo de ahí que resulte necesaria la intervención del juez constitucional para resolver el fondo del asunto previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para su causación.

No pasa desapercibido el despacho que el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Conforme con lo anterior y bajo el supuesto de que la licencia de maternidad constituye una acción afirmativa de protección frente a las mujeres que son madres, la acción de tutela resulta ser el mecanismo viable e idóneo para controvertir la situación expuesta.

Las mismas consideraciones tiene el despacho para el asunto de la incapacidad médico laboral al reconocer la existencia de otros mecanismos de defensa judicial como sería el caso de acudir al juez ordinario laboral para que se reconozca y ordene su pago no obstante, aunque no se trata de la licencia

³ Ver sentencias T-993 de 2003, T-368 de 2009, T-503 de 2016 y T-489 de 2018 entre otras.

de maternidad lo cierto es que de los supuestos de la demanda se desprende que ésta se derivó de la condición de embarazo de la accionante al sufrir *subluxación de la sínfisis del pubis en el embarazo*, lo que impone del Estado su protección y por ende se abre también el camino de procedencia frente al análisis del pago de ésta prestación.

Adicionalmente, hay que decir que el mecanismo de protección lo sería de carácter definitivo pues ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal.

En palabras de la Corte “(...) *el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales*”⁴.

En el presente asunto, se encuentra demostrado que la accionante se desempeñaba como contratista de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en su condición de odontóloga pero al sobrevenir las situaciones derivadas de su luxación y cesárea, no puedo proseguir con la ejecución del contrato por lo que la entidad suscribirá con ella uno nuevo a partir del momento en que cese la licencia de maternidad es decir en junio de 2020 de manera que es evidente que los emolumentos derivados de las precitadas incapacidades serían aquellos que le permitirían sobrellevar la vida entre tanto empieza nuevamente a devengar sus honorarios luego en el caso concreto, de no resolverse por virtud de la acción de tutela sobre el pago de las incapacidades sobrevendría un perjuicio irremediables para ella.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Derecho a la salud

La Ley 1751 de 16 de febrero de 2015, estatutaria de la salud, establece el contenido de este fundamental de la siguiente forma:

“Artículo 20. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y

⁴ Sentencia T- 064 de 2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

La Jurisprudencia, también ha reconocido este derecho como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela⁵.

En efecto, la Corte Constitucional⁶ ha señalado lo siguiente frente a este fundamental:

“El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas, la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dicotomía anteriormente enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

(...) Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.

De ahí que, la protección constitucional del derecho a la salud tome su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u orgánica, sino como “la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre

⁵ Ver sentencias T- 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

⁶ Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia T- 481 de 1 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”.

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección de su derecho fundamental a la salud, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de distintos derechos, en especial la vida y la dignidad humana, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales que al respecto se han establecido.”

Así las cosas, por ser el derecho a la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los presuntos afectados sean sujetos de especial protección constitucional.

Derecho a la vida

La vida es el primero de los derechos consignados como fundamentales en la Constitución Política, consagrado en el artículo 11, siendo el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos y obligaciones previstos en el ordenamiento jurídico, según el Alto Tribunal Constitucional el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana⁷, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho⁸.

En tal contexto, puede decirse que la protección otorgada por el Estado a este bien jurídico fundamental; no se agota con el compromiso de velar por la mera existencia de la persona, sino que involucra en su espectro garantizador, entre otros derechos el de la salud y a la integridad personal (física y psíquica) como componentes imprescindibles para permitir el goce de una vida en condiciones de dignidad⁹.

⁷ Ver sentencia T-860 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2011.

⁹ Sentencia T-823 de 2002.

Ahora bien, la salud y la vida son garantías personalísimas estrechamente relacionadas, a tal punto que años atrás, el amparo de la primera debía solicitarse en conexidad con la vida, actualmente la jurisprudencia, reconoce el derecho a la salud como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela¹⁰ y se encuentra contemplado en la Ley 1751 de 16 de febrero de 2017, estatutaria de la salud, como se abordó en precedencia.

Derecho a la dignidad humana

Este fundamental, constituye una de las bases del Estado Social de Derecho, en los términos señalados en el artículo 1º de la Constitución Política¹¹, y se profundiza con mayor énfasis en las personas de avanzada edad.

La Honorable Corte Constitucional¹², ha precisado que la configuración jurisprudencial de la dignidad humana como entidad normativa puede sintetizarse a través de dos ejes temáticos: por una parte, **a partir de su objeto concreto de protección y, de otro lado, a partir de su funcionalidad normativa.**

Desde el punto de vista del objeto de protección del enunciado, la Corporación ha identificado a lo largo de la jurisprudencia, tres lineamientos claros y diferenciables, cuales son: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) **La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia** (vivir bien). y (iii) **la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).**

Del mismo modo, atendiendo a la perspectiva de la funcionalidad, el Alto Tribunal ha identificado tres lineamientos, a saber: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

En cuanto a la naturaleza ius fundamental, la Corte ha señalado que la dignidad humana **se constituye como un derecho autónomo**, dado que cuenta con los siguientes elementos: (i) un titular claramente identificado (las personas naturales); (ii) un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y; (iii) un mecanismo judicial para su protección (Acción de Tutela).

En torno al objeto de protección, la Corporación ha reiterado que la dignidad humana, está vinculada con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: (i) la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección); (ii) unas condiciones de vida

¹⁰ Ver sentencias T— 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

¹¹ En cuanto al desarrollo jurisprudencial del enunciado normativo de la dignidad humana puede consultarse, entre otras la sentencia T-815 de 13.

¹² Sentencia T-881/02

cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y (iii) la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Del mínimo vital

El mínimo vital, se trata del acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, que depende de su situación particular y es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo. Es concebido en la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada persona 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 particular. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y por ende la vida digna.¹³

En relación con el mínimo vital como consecuencia de la prestación económica por licencia de maternidad, la Corte en sentencia T-408 de 200, dijo lo siguiente:

“Al hablar de mínimo vital se hace referencia a un derecho constitucional innominado que se desprende de una interpretación sistemática del estatuto Superior y que se puede definir, en términos generales, como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna, con las condiciones suficientes para desarrollar aquellas facultades de las que puede gozar la persona humana.

“Se trata, entonces, de un concepto amplio y pragmático que debe interpretarse siempre de manera extensiva, más no restrictiva. Su contenido, aunque indeterminado, ha sido delimitado progresivamente por esta Corporación, al circunscribirlo no solo a las necesidades básicas de alimentación y vestuario, sino también a las relativas a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente.

“(…)

“Finalmente, y tan importante como los desarrollos ya mencionados, es el carácter cualitativo y específico de este derecho, lo que se traduce en que la determinación del mismo obedece a la valoración de las necesidades básicas de los peticionarios involucrados en cada caso, en particular, con base en criterios metodológicos cualitativos y flexibles, más allá de los cuantitativos y rígidos. A partir de esta importante consideración, se introdujo el adjetivo congrua para cualificar el verbo subsistencia y así condicionar el contenido del mínimo vital de las personas, a su nivel de vida acorde con su posición social.

¹³ Sentencia T-244 de 2012

“(...)

“En consecuencia, no es preciso ni acertado sostener que no se afecta el mínimo vital del núcleo familiar de la Señora Calderón Mendoza cuando no le es cancelada completa y oportunamente la licencia de maternidad a que tiene derecho. Al contrario, por estar condicionada la delimitación de este derecho fundamental, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, es forzoso concluir que al desaparecer la única fuente de ingresos de la peticionaria durante cerca de tres (3) meses, disminuye ostensiblemente para ella, la posibilidad de mantener las condiciones de subsistencia suyas y de su familia con el mismo rango de favorabilidad en que se encontraban antes del alumbramiento.”

De la seguridad social

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, dicho precepto permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de conformidad con la ley. Por su parte, el artículo 49 Superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control.

El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es una de las prestaciones derivadas de la afiliación y cotización al Sistema de Seguridad en Salud.

Naturaleza y requisitos para obtener licencia de maternidad¹⁴.

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, 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.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

¹⁴ Sentencia T-278 de 2018

En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.

Estos requisitos, según el artículo 1º de la **Ley 1822 del 4 de enero de 2017** son los siguientes:

*“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Además, el artículo 2.1.13.1 del **Decreto 780 del 6 de mayo del 2016** dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, 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.***

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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas: *Primera*. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. *Segunda*. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

Asimismo, a través de la **Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017**, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad.

La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras **dependientes**, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante **el 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.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras **independientes**, estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS y **el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento**. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza.

DE LA PRESUNCIÓN VERACIDAD

El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, establece la presunción de veracidad en los siguientes términos: *“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

Así, el funcionario judicial puede decretar el restablecimiento del derecho, si cuenta con cualquier medio de prueba del que se deduzca la evidente amenaza o violación de un derecho. De otra parte, *el juez debe presumir la veracidad de los hechos narrados en la tutela, si la autoridad o entidad accionada no responde el requerimiento efectuado al momento de adelantarse la acción*¹⁵.

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia T-138 de 13 de marzo de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Del mismo modo, en sentencia T-214 de marzo 28 de 2011, con Ponencia del Magistrado, doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señaló que: *“la presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la entidad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones y las entidades o empresas no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades referidas”*.

DEL ASUNTO EN CONCRETO

La accionante ha venido a la jurisdicción constitucional para pedir que se ordene el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones:

1. Incapacidad médico laboral No. 5253874-1 comprendida entre el 8 y el 31 de enero de 2020, expedida por Subred Norte ESE Hospital de Engativá. Con motivo de una subluxación que sufrió en la zona púbrica asociada a su estado de embarazo.
2. Incapacidad por maternidad No. 247116 comprendida entre el 8 de febrero y el 12 de junio de 2020 expedida por el Hospital San Rafael de Facatativá. Con motivo del nacimiento de su hijo, ocurrido por cesárea de emergencia el 7 de febrero de 2020.

Adujo que presentó la documental necesaria ante MEDIMÁS EPS desde el 28 de enero y 25 de febrero de 2020 respectivamente sin que haya obtenido respuesta o pago alguno.

Del marco normativo, se desprende que para el pago de las prestaciones mencionadas, se requiere presentar a la EPS el certificado de incapacidad médico laboral y el de maternidad junto con copia del registro civil de nacimiento del hijo(a) y en ambos casos encontrarse al día con los aportes al sistema.

Se demostró en el plenario, que la demandante hizo las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en salud desde mayo a febrero de 2020 como se desprende de la documental que hizo llegar al correo institucional de este despacho el 2 de abril de los corrientes, dichas cotizaciones fueron efectuadas como trabajadora independiente y las incapacidades fueron expedidas durante la vigencia de esos aportes.

En el mismo sentido, se tiene que obra en el trámite, copia del certificado de nacido vivo y registro civil de nacimiento del recién nacido hijo de la accionante.

Así las cosas, valga decir que la demandante acreditó encontrarse afiliada y haber cotizado al sistema de seguridad social por todo el tiempo de su gestación, resáltese que su hijo nació el 7 de febrero del corriente año y se acreditó el aporte por los diez meses anteriores inclusive el mes de febrero.

En este punto, el despacho consultó la base de datos del ADRES y encontró que la accionante se encuentra actualmente en estado activo de su afiliación

a MEDIMÁS EPS desde el 1 de diciembre de 2015 como se señala en la página web correspondiente¹⁶:



**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	1032386123
NOMBRES	NANCY JANETH
APELLIDOS	PULIDO CADENA
FECHA DE NACIMIENTO	**/**/**
DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA
MUNICIPIO	FACATATIVA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	MEDIMAS EPS S.A.S. CONTRIBUTIVO	CONTRIBUTIVO	01/12/2015	31/12/2099	COTIZANTE

Con lo anterior se protege el principio de sostenibilidad del sistema pues el pago se encuentra debidamente financiado.

No obstante lo anterior, no fue acreditado -como se le solicitó-, que con la radicación de la incapacidad por maternidad haya adjuntado copia del registro civil de nacimiento de su hijo lo cual deja huérfano de prueba a uno de los requisitos necesarios para el pago del auxilio por maternidad.

También es cierto, que conforme a las previsiones del artículo 20 del D. E. 2591 de 1991 al no haberse rendido el informe correspondiente por parte de la EPS accionada, este juzgado se encuentra autorizado para tener por ciertos los hechos de la demanda y en específico, para el sub judice puede decirse entonces que aun cuando la accionante radicó en debida forma los documentos necesarios para el pago de sus incapacidades, la EPS se ha sustraído a su obligación.

Es de resaltar que la accionante, demostró igualmente desempeñarse como contratista y realizar sus aportes al sistema como trabajadora independiente, sin que obre prueba o elemento de juicio que permita indicar que sus ingresos económicos no derivan de esta vinculación contractual o que tiene otra fuente de ingresos para su protección y la de su recién nacido hijo.

En consecuencia, en el presente asunto, es flagrante la vulneración de las garantías invocadas por la accionante por parte de MEDIMAS EPS pues se ha sustraído de manera injustificada al pago de las incapacidades en la cuantía que la ley ha establecido.

En ese sentido para proteger a la madre accionante, es necesaria la intervención constitucional y de contera ordenar a la accionada que en el

¹⁶

https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=7BnM4qRMIwINa+Ydeg8nMg==

término de 48 proceda al pago que corresponde a las incapacidades médico laboral y de maternidad que ya se señalaron atrás.

Es de anotar, que la exhibición o presentación del registro civil de nacimiento ante la EPS, fue un hecho que resultó probado en este proceso de acuerdo con una presunción legal, no obstante, si dicho documento no fue presentado, dicha falencia no avanza a juicio del despacho a tener entidad suficiente para denegar el pago de la licencia por maternidad, recuérdese que la accionante está en posibilidad de hacerlo llegar todavía y la EPS en capacidad y obligación de solicitarlo a la demandante o incluso de obtenerlo el expediente de esta acción si es el caso.

Recuérdese que en el momento en que es proferida esta sentencia, están vigentes medidas extraordinarias derivadas de estado de emergencia entre las que se han impuesto medidas de confinamiento de manera que no se puede imponer a la accionante la carga de desplazarse a las dependencias de la EPS para ajustar trámites administrativos que pueden surtirse por otros medios como los electrónicos.

Así las cosas, se impartirán las órdenes ya esbozadas sin perjuicio de que se prevenga a la EPS accionada para que en adelante se abstenga de omitir su deber legal frente al reconocimiento y pago de las prestaciones que corresponden a sus usuarios máxime cuando éstos se hallan dentro de grupos poblacionales de especial protección constitucional como es el caso de la mujer gestante.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, es de resaltar que dicha entidad fue vinculada como tercero con eventual interés en las resultas del proceso, sin embargo resultó del trámite que no le asiste responsabilidad en la vulneración de los fundamentales de la accionante pues incluso ni siquiera actúa como su empleador dada la relación contractual existente entre ellos. Así las cosas, se ordenará su desvinculación al presente trámite.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales invocados por Nancy Janeth Pulido Cadena vulnerados por EPS MEDIMÁS conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Ordenar al representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS MEDIMÁS que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si no lo ha hecho, proceda al reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades a la accionante:

1. Incapacidad médico laboral No. 5253874-1 comprendida entre el 8 y el 31 de enero de 2020, expedida por Subred Norte ESE Hospital de Engativá. Con motivo de una subluxación que sufrió en la zona púlica asociada a su estado de embarazo.

2. Incapacidad por maternidad No. 247116 comprendida entre el 8 de febrero y el 12 de junio de 2020 expedida por el Hospital San Rafael de Facatativá. Con motivo del nacimiento de su hijo, ocurrido por cesárea de emergencia el 7 de febrero de 2020.

TERCERO: Desvincular del presente trámite a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional conforme a lo anteriormente expuesto.

CUARTO: Prevenir a la **EPS MEDIMÁS** en los términos del inciso 2º del artículo 24 del D. E. 2591 de 1991, para que en lo sucesivo se abstenga de omitir su deber legal frente al reconocimiento y pago de las prestaciones que corresponden a sus usuarios máxime cuando éstos se hallan dentro de grupos poblacionales de especial protección constitucional como es el caso de la mujer gestante.

QUINTO: Comunicar por medios electrónicos a las partes la determinación adoptada en este fallo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

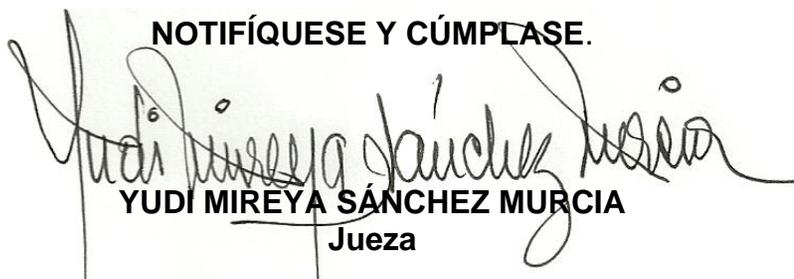
Lo anterior en cumplimiento de las políticas de contención y prevención de propagación de COVID-19 que ha generado pandemia mundial según la cual se debe disminuir el contacto persona a persona.

SEXTO: Contra el presente fallo de tutela procede la impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

La impugnación, en caso de ser propuesta se recibirá por medios electrónicos a la cuenta jcmpalfac@cendoj.ramajudicial.gov.co toda vez que conforme a los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura, el trabajo presencial no se encuentra habilitado en la sede judicial.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia y una vez se levante la suspensión de términos para selección de tutelas, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YUDI MIREYA SÁNCHEZ MURCIA
Jueza