



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

Bucaramanga, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Resuelve el Despacho la impugnación interpuesta por la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S., contra el fallo de tutela proferido el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, mediante el cual concedió el amparo constitucional a la vida digna y mínimo vital de MARÍA FERNANDA MORENO CARVAJAL.

II. ANTECEDENTES

2.1. Hechos

Fueron sintetizados por el juzgado de primer grado en los siguientes términos:

“...Refiere la actora, que se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social en salud a través de SALUD TOTAL E.P.S. como cotizante.

Precisó que el 18 de junio de 2023 dio a luz a su hija, certificándose el comienzo de la licencia de maternidad, sin que se le haya cancelado la correspondiente prestación, circunstancia que considera es vulneradora de sus derechos a la vida digna y mínimo vital, como que depende de esos dineros de esos dineros para su sustento, generándose una afectación gravísima a su mínimo vital y los inherentes a su hija recién nacida, toda vez que su salario es su único sustento...”

2.2. Pretensiones

Es así que de conformidad con los hechos narrados solicitó al juez constitucional se le protegieran a ella y a su hija recién nacida derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna y, en consecuencia, se ordenara a EPS Salud Total el reconocimiento y pago de los 126 días de licencia de maternidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Repartido el escrito de tutela con sus anexos, el Juzgado Segundo Penal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, avocó la demanda el 11 de octubre de 2023, ordenando correr el respectivo traslado a SALUD TOTAL E.P.S., y vincular oficiosamente a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SGSSS – ADRES, posteriormente, a PROYECTOS DE TRANSPORTES S.A.S.

3.1. Decisión Recurrída



Mediante fallo del 25 de octubre de 2023, el Juzgado Segundo Penal con Funciones Mixtas de Piedecuesta resolvió:

“PRIMERO: *CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL, identificada con la cédula de ciudadanía 1.005.541.351 por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.*

SEGUNDO: *ORDENAR al Gerente y/o Representante legal o a quien haga sus veces de SALUDTOTAL EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, RECONOZCA Y PAGUE la licencia de maternidad concedida a la señora MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL, a través de su empleador PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS causada por el lapso comprendido entre el 18 de junio y el 21 de octubre del 2023, conforme fue ordenado por el médico tratante.*

TERCERO: *DESVINCULAR del presente trámite a la ADRES y la empresa PROYECTOS DE TRANSPORTE SAS, por lo expuesto anteriormente.*

3.2. Impugnación

Inconforme con la decisión la representante legal de SALUD TOTAL E.P.S., por medio de su apoderado, la impugnó argumentando que la accionante se encuentra afiliada desde el 26 de octubre de 2019, posteriormente, el 03 de noviembre de 2022 se vinculó laboralmente con la empresa Proyectos de Transportes S.A.S., por lo que esta empresa ha realizado aportes con subtipo de cotizante 04 y subtipo 12 de conductores del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en taxi, los cuales son todos utilizados para evadir aportes de pensión, situación que se surte con otros usuarios de la entidad.

Refiere que en cumplimiento al Decreto 2353 de 2015 artículo 78 y el Decreto Único Reglamentario del Sector y Protección Social 0780 de 2016 Título 13 artículo 2.1.13.1, la accionante no presenta novedades en sus aportes al sistema General de Seguridad Social en Salud y que por ende su único ingreso base de cotización es el SMLMV.

Asimismo, manifiesta que al ser una prestación de carácter económico, no debe ser resuelta a través de la acción de tutela, ya que es un mecanismo que se creo con el fin de proteger derechos fundamentales del accionante cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, la cual únicamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y no para discutir derechos de tipos económicos, los cuales deben ser resueltos por la justicia ordinaria.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 86 Superior toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, si avizora su vulneración o puesta en peligro por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en los casos expresamente previstos por la ley; sin embargo, la procedencia de este trámite que se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria, no llamada a reemplazar los procedimientos ordinarios previstos por el legislador y sujeta a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que se acuda transitoriamente para precaver un perjuicio irremediable.



Según lo dispuesto en los artículos 86 de la C.P. y 10° del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL se encontraba legitimada para reclamar en nombre propio la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna y salud.

4.1. Procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad

Sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional, en sentencia T-503 de 2016, señaló:

“En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable.

De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida.”

De contera que, en los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y dado que el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos.

Así mismo, la Corte en la sentencia que viene de citarse sostuvo que **“excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, al contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental** conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención.”

Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela, más aún cuando la negación del



reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.

Esa es la premisa general en lo que atañe a la protección de esta clase de derechos, que sería la aplicable en este caso particular, en donde la accionante reclama el pago de una licencia de maternidad, a la cual, si bien se accede previo el cumplimiento de determinados requisitos preestablecidos, también es cierto, que puede reclamarse su pago por vía de la acción de tutela, habida cuenta que ésta prestación configura un derecho fundamental, precisamente por su íntima relación con los derechos a **la vida digna, la seguridad social y el mínimo vital**.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, tales como, 806 de 1998, 1804 de 1999 art. 21 numeral 1 y 047 de 2000 art. 3 numeral 2, los requisitos para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagar la licencia de maternidad son los siguientes:

“1. que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación y

“2. 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 y que lo haya hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho”.

Sin embargo, en relación con el pago de licencias de maternidad, cuando no se cumple con el número de semanas cotizadas igual al de gestación, la Corte Constitucional en Sentencia T-1223 de 2008, precisó que si bien existían discrepancias en cuanto al número de semanas dejadas de cotizar para definir si el pago era completo o proporcional, en la media que en la sentencia T-530 de 2007 dos meses corresponden a 8 semanas y en la sentencia T-971 de 2007 dos meses corresponden a 10 semanas, « **En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas.** Esta decisión se adopta con base en el principio *pro homine*¹, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.” (negrilla y subraya del juzgado)

En consecuencia y bajo tales postulados, deberá analizarse en el caso concreto que se cumpla con los requisitos legales y planteamientos de la dogmática constitucional para estimar una realización efectiva de este derecho.

4.2. Caso concreto

Descendiendo al caso que nos ocupa y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene conocimiento que la señora MARIA FERNANDA MORENO CALVAJAL, se encuentra afiliada desde el 26 de octubre de 2019 en el régimen contributivo a través de SALUD TOTAL EPS.

¹ Algunas sentencias recientes en las que se ha aplicado el principio *pro homine*: T-589 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-580 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-393 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).



El día 18 de junio de 2023 dio a luz a su menor hija Z.N.U.M., por lo que, el 19 de junio siguiente se emitió a su favor licencia de maternidad No. 156936, sin embargo, a la fecha no se le ha cancelado dicha prestación, en tal sentido, advirtiendo la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su menor hija, la señora MORENO CARVAJAL instauró la acción de tutela que nos concita.

Al respecto, ADRES informó que no es de su competencia la gestión de licencias de maternidad, pues las mismas se encuentran en cabeza de la EPS, asimismo, refiere que no es competencia del Juez Constitucional dicho reconocimiento, pues no se cumple con el principio de subsidiaridad.

A su turno, SALUD TOTAL EPS, indicó que la accionante inició contrato laboral en período gestacional con la empresa PROYECTOS DE TRANSPORTES S.A.S. con un incremento del 100% del Ingreso Base de Cotización, evidenciando un vínculo laboral irregular, situación que está siendo objeto de indagación.

Refiere que la accionante no presentó las novedades en sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que por ello su único ingreso base de cotización es el SMLMV, advirtiendo que si se accede al reconocimiento de la licencia de maternidad se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos.

Al estimar que existió una vulneración de derechos fundamentales, el fallador de primer grado resolvió conceder el amparo deprecado, ordenando a la entidad accionada que proceda a cancelar la licencia de maternidad a favor de la señora MORENO CARVAJAL y a través de su empleador causada en el lapso comprendido entre el 18 de junio y el 21 de octubre de 2023, decisión que fue impugnada por SALUD TOTAL EPS quien reiteró que el pago de este tipo de conceptos no procede toda vez que la accionante está omitiendo la cancelación de pensión y tuvo un aumento del IBC de un 100%.

Pues bien, para la resolución del caso ha de indicarse que, en sentencia T- 1160 de 2008 el Alto Tribunal Constitucional mencionó:

*“Esta Corporación ha señalado que, en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, en los casos en que la Empresa Promotora de Salud, a pesar de la falta parcial o extemporaneidad de las cotizaciones efectuadas por el empleador o la trabajadora, no haya requerido de manera expresa el pago respectivo o no haya manifestado su rechazo, deberá reconocer y pagar la prestación económica reclamada a favor de su beneficiaria. Ello por cuanto, **la actitud omisiva por parte de la entidad en este sentido “[n]o puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo,** que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.*

(...)

*En el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, (...) cuando estamos ante un caso de una **trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido.***



*En conclusión, en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, **las EPS no podrán abstenerse de reconocer y pagar la licencia de maternidad a las trabajadoras dependientes, así como a las trabajadoras independientes**, en los casos en que frente a la cancelación extemporánea de los aportes al sistema de seguridad social en salud han aceptado el pago. (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Aunado a lo anterior, en sentencia T- 529 de 2017 la Corte Constitucional señaló:

“De aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

De contera que, las Entidades Promotoras de Salud no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes de salud, rehusarse a cancelar y reconocer las licencias de maternidad, si obraron de manera negligente al no adelantar las acciones legales para su cobro, o si incluso el pago se generó de manera extemporánea pero la entidad no la rechazó o se rehusó a recibir el pago, como ocurrió en el caso de trato.

Ahora bien, frente a la manifestación realizada por SALUD TOTAL EPS frente al aumento del IBC del 100% de la accionante, observa el despacho que para el mes de diciembre del 2022 realizó aportes al SSSG por valor de \$1.866.667, en el mes de enero de 2023 realizó un aporte por valor de \$2.000.000 que suma un aumento del 7.14% y posteriormente, de manera ininterrumpida cotizó desde febrero hasta el mes de septiembre ha venido cotizando por valor de \$2.320.000 que representa un aumento del 24.29% en referencia con el pago de diciembre del año de 2022.

Por lo expuesto, se tiene que la accionante ni su empleador han incumplido con lo expuesto en el título 13 Artículo 2.1.13.1 del Decreto 2353 de 2015, pues bien, como se señaló en el escrito de tutela y en la contestación de la misma, la accionante no tuvo un aumento superior al 40% en los doce (12) meses anteriores al parto, por lo que no se estaría afectando el orden económico al reconocerse la licencia de maternidad.

Ahora bien, este despacho deberá recalcar a SALUD TOTAL EPS que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tratarse como un argumento para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, la Corte lo ha establecido, que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional.

Así las cosas, el Despacho CONFIRMARÁ la decisión emitida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL contra EPS SALUD TOTAL, ante la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna y salud.

4.3. Determinación

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA**, “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”,



V. RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la decisión emitida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA FERNANDA MORENO CARVAJAL contra EPS SALUD TOTAL, ante la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

SEGUNDO. – Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA JULIANA PRIETO ORTIZ
JUEZ

Firmado Por:

Silvia Juliana Prieto Ortiz

Juez

Juzgado De Circuito

Penal 02 Función De Conocimiento

Bucaramanga - Santander

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

Código de verificación: **be56e44d2545b9841befe756d9acbf34b71aae04d12439eecf575c7b7e3aec76**

Documento generado en 28/11/2023 08:57:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>