



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO SUMARIO LABORAL DE AUTOMUNDIAL S.A. CONTRA E.P.S. SANITAS S.A. RADICACIÓN: 110012205-000-2020-00701-01

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia del 27 de septiembre del 2019¹, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

ANTECEDENTES

1. Demanda. AUTOMUNDIAL S.A. presentó solicitud ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD instando se ordene a E.P.S. SANITAS S.A. a reconocer y pagar la totalidad de la licencia de maternidad de la trabajadora ANDREA PAOLA NIÑO CADENA por la suma de \$26.159.466, o de manera subsidiaria, se ordene la liquidación y pago porprocional de dicha prestación (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones señaló que el 6 de noviembre de 2013, celebró contrato a término indefinido con la señora Andrea Paola Niño Cadena, a quien como empleador afilió a la EPS Sanitas, a la AFP Protección y a la ARL Seguros de Vida Colpatria, entidades ante las cuales ha realizado oportunamente el pago de los respectivos aportes.

Dijo que, en el mes de diciembre de 2013, la trabajadora Andera Paola quedó en estado de gravidez y dio a luz a su menor hija, el 26 de agosto de 2014, por manera que disfrutó de su licencia de maternidad desde dicha fecha, hasta el 1º de diciembre de 2014.

Agregó que procedió a reconocer y pagar a favor de su trabajadora la respectiva licencia de maternidad, la cual ascendió a la suma de \$26.159.466; además, indicó que el 22 de octubre de 2014, envió el reporte de dicha licencia, para efectos de su reconocimiento y pago por parte de la EPS Sanitas.

Señaló que ante la falta de respuesta por parte de la encartada, elevó una nueva solicitud, en el mismo sentido, el día 10 de julio de 2015, la cual fue resuelta mediante respuesta del 14 de agosto de 2015, en el sentido de negar la prestación reclamada, aduciendo que la trabajadora no cumple con el período mínimo de cotización de que trata el Decreto 047 de 2000, es decir, que no cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación.

Finalmente, señaló que la señora Andrea Paola Niño Cadena, solicitó por su parte, el reconocimiento de la licencia de maternidad, frente a lo cual la convocada contestó en sentido desfavorable, por cuando a su juicio, la trabajadora cotizó 38 semanas de manera ininterrumpida, cuando en realidad el período de gestación fue equivalente a 40 semanas.

¹ Ingresó al Despacho el 9 de noviembre del 2020

2. Contestación de la EPS Sanitas S.A. Contestó oponiéndose a las pretensiones de la solicitud inicial, argumentando que el empleador de la señora Niño Cadena no realizó los aportes completos para el período 2013-11 y 2013 12, lo cual devino en la negativa del reconocimiento económico de la licencia de maternidad. Agregó que el pago proporcional de la licencia de maternidad solo se encuentra autorizada para los cotizantes independientes con ingresos iguales o inferiores a un SMLMV, de conformidad con el Acuerdo 414 de 2009 emanado del Consejo Nacional en Salud, lo que no se corresponde con el caso, porque la cotizante tiene la calidad de dependiente y el salario reportado para la fecha de inicio de la licencia de maternidad, supera dicho monto para el año 2014. En ese orden, concluyó que según el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, la prestación económica debe quedar a cargo del empleador en su totalidad.

Precisó que el empleador no realizó la afiliación oportuna de su trabajadora al SGSSS, pues a pesar que el contrato inició el 6 de noviembre de 2013, solo la vinculó hasta el 8 de noviembre de la misma anualidad, en contravía del artículo 30 del Decreto 1703 de 2002. Sumado a ello, adujo que la parte convocante no realizó la cotización sino hasta diciembre y de manera incompleta, incumpliendo así sus obligaciones, consagradas en el artículo 161 de la norma en mención. Propuso como excepciones de fondo las de prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico-nadie puede alegar a su favor su propia culpa, improcedencia de la petición por no cumplir con períodos mínimos de cotización, falta de legitimación en la causa por pasiva-responsabilidad del empleador.

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 27 de septiembre de 2019, en el sentido de acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda y ordenó a la convocada pagar a la sociedad demandante la suma de \$17.972.522, con las respectivas actualizaciones monetarias, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. (fols. 64 y s.s.)•

Como fundamento de su decisión, indicó que se encuentra demostrado que la señora Andrea Paola Niño Cadena sostenía una relación laboral con la parte demandante desde el 6 de noviembre de 2013, y que aquella se encontraba afiliada en calidad de cotizante a través de la EPS Sanitas, amén que le fue expedida licencia de maternidad a la afiliada en mención, entre el 26 de agosto y el 1º de diciembre de 2014.

Señaló que conforme al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, la obligación de reconocer y cancelar las prestaciones económicas expedidas a los trabajadores dependientes, está en primer lugar en cabeza de los empleadores, y posteriormente cuando haya satisfecho esta obligación, pueden solicitar ante la respectiva EPS el reembolso de las mismas.

Agregó en relación con el período mínimo de cotización que, tratándose de trabajadores dependientes la primera cotización al sistema se realiza al mes siguiente a aquel en el cual se dio inicio al vínculo laboral y/o de la afiliación a la EPS, por los días que laboró desde el inicio de la relación hasta la finalización de ese mes, los cuales se compensan en el mes siguiente.

En ese orden, dijo que verificadas las documentales obrantes en el proceso, se tiene que la trabajadora durante el período de gestación cotizó un total de 265 días,

precisando que cuando el empleador ha cumplido con sus deberes frente al SGSSS, es procedente reconocer la licencia de maternidad de manera proporcional, siempre que no afecte la sostenibilidad financiera del mismo.

Señaló que la financiación de la licencia de maternidad tiene entre sus fuentes, las cotizaciones que realizan los afiliados, es decir, el derecho a recibir el pago de la prestación económica, se deriva de la participación del usuario como contribuyente, lo que sustenta la lógica del equilibrio entre la cotización y la prestación económica recibida, siendo por ende procedente reconocer la licencia reclamada, pero no en su totalidad, muy a pesar que el empleador reconoció a su trabajadora los 98 días de la misma. (fols. 64 y s.s.).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la EPS SANITAS S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que para la época de la causación de la licencia de maternidad (agosto de 2014) se encontraba vigente el numeral segundo del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, el cual ordenaba que el Sistema General de Seguridad Social en Salud sólo realizaría el reconocimiento económico de las licencias de maternidad cuando el empleador hubiere cumplido con la obligación del pago por todo el período de gestación, normativa que también prevé que si el empleador no realizó ese pago completo, es su obligación el reconocimiento de la prestación.

Dijo que la regla anotada, no fue considerada por el *a quo*, quien reconoció un derecho a la parte actora, que no le asiste, y sin existir norma que obligue a la EPS al pago que se pretende.

Adujo que en el presente caso, no se realizó la cotización completa por las 40 semanas de gestación, pues faltó la cotización completa de los meses de noviembre y diciembre de 2013, lo cual implicó la negativa del reembolso de la licencia de maternidad, anotando además, que conforme al artículo 210 de la Ley 100 de 1993, el que retrase el pago de los aportes es merecedor de las sanciones establecidas en la ley.

Agregó que el juzgador de primera instancia debe sujetarse a la ley como lo establece el artículo 230 de la C.P., por manera que debió ajustar su decisión a derecho, no en ponderación de los derechos fundamentales, ni en aplicación de la norma para su salvaguarda, máxime que en el *examine* solo se debate una prestación económica a favor de un empleador que en lo absoluto se relaciona con el derecho al mínimo vital y móvil.

Señaló que el fallador de primera instancia consideró la procedencia del reconocimiento proporcional de la licencia de maternidad, trayendo a colación el artículo 220 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4023 de 2011, los cuales simplemente indican que existen unos recursos destinados por el FOSYGA hoy ADRES, precisando que la asunción de su pago corresponde a dicha entidad, quien además es la llamada a determinar la procedencia de la licencia de maternidad, la cual no le será otorgada a la EPS, si la misma se paga sin el lleno de los requisitos de ley, generandose así una afectación de la sostenibilidad financiera del SGSSS.

Adujo que el pago proporcional de la licencia de maternidad solo estaba facultado para los cotizantes independientes con ingresos iguales o inferiores a un SMLMV, según el Acuerdo 414 de 2009 emanado del Consejo Nacional en Salud, lo cual no se aplica al presente caso, porque la trabajadora tenía la calidad de dependiente, y el salario reportado para el año 2014 superaba ese monto.

Manifestó que no es procedente dar aplicación retroactiva al Decreto 2353 de 2015 (pago proporcional), ni sustentar la decisión en sentencias de tutela, en virtud a la irretroactividad de la ley, conforme al artículo 16 del CST y por cuanto los fallos de tutela solo tienen efectos inter partes, como lo establece el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Finalmente, dijo que no es procedente la indexación o actualización monetaria de la condena impuesta, porque ha actuado de buena fe y ha dado estricto cumplimiento de la normatividad vigente. (fols. 72 y s.s.).

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación interpuesto por la EPS SANITAS se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S. que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar **los siguientes problemas jurídicos:** establecer (i) ¿De conformidad con la normatividad aplicable al caso, el *a quo* se equivocó al ordenar el reconocimiento y pago proporcional de la licencia de maternidad solicitada por la parte accionante? y (ii) ¿No es procedente ordenar la indexación de las sumas reconocidas?

Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia.

En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011 que dispuso que la Superintendencia conocería y decidiría sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 del 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por EPS SANITAS, como quiera que su domicilio lo es en la ciudad de Bogotá, según se observa de su certificado de existencia y representación legal (fols. 76 y s.s.).

Pago proporcional de la licencia de maternidad a favor de la parte actora.

En aras de resolver el problema jurídico relacionado con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada, resulta pertinente advertir que en el presente caso no se discute que a la señora Andrea Paola Niño, siendo trabajadora de la empresa Automundial S.A., le fue expedida licencia de maternidad por parte de la EPS Sanitas, entre el 26 de agosto y el 1º de diciembre de 2014, la cual le fue reconocida por su empleadora.

El punto que controvierte la parte apelante, es que la sociedad demandante es la llamada a asumir dicha prestación, conforme a la norma aplicable para la época, que lo era el 3 del Decreto 047 de 2000, pues la señora Niño no cuenta con cotizaciones

por la totalidad de su período de gestación, dado que la empleadora no asumió el pago completo de la cotización para los meses de noviembre y diciembre de 2013, circunstancia que además, no fue considerada por el *a quo*, quien procedió a reconocer la prestación de manera proporcional sin ningún sustento legal.

Al respecto, se tiene que en efecto, el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, establece que para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá en calidad de afiliada cotizante, haber aportado ininterrumpidamente al Sistema durante todo su período de gestación, además, dicha normativa indica que el empleador debe cancelar la prestación cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conforme a la norma anterior, la trabajadora en principio debió cotizar de manera ininterrumpida por todo el período de gestación, esto es, por 270 días, teniendo en cuenta que el mismo tuvo una duración de 40 semanas, según lo adujo la encartada y sobre lo cual no existe discusión, siendo entonces la razón de su negativa en el pago de la prestación, que la señora Niño, solo reporta un total de 265 días, por omisión de su empleador en la debida cotización, para los meses de noviembre y diciembre de 2013.

En ese orden, procede a revisar la Sala el material probatorio obrante en el expediente, del cual puede advertir que la relación laboral entre la parte accionante y la señora Andrea Paola Niño Cadena inició el 6 de noviembre de 2013, como se advierte del contrato a término indefinido visible a folio 30, por lo que la empleadora debió realizar la respectiva cotización al SGSSS desde dicha fecha, teniendo en cuenta además, que conforme al artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, los aportes en salud de los trabajadores dependientes se deben realizar de manera anticipada, los cuales se girarán íntegramente al Fosyga y formarán parte del proceso de compensación en el período mensual posterior al cual correspondan, de acuerdo al literal b) del artículo 9º del Decreto 1755 de 2002.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar los días compensados que se acreditan a folios 59 y s.s., es posible concluir que la parte actora realizó la afiliación y cotización de su trabajadora en debida forma, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, pues nótese que para el mes de diciembre de 2013, a esta le fueron compensados 25 días, que coincide con el período de cotización comprendido entre el 6 de noviembre (fecha de inicio de la relación laboral) al 30 de noviembre de anualidad en mención, y para el mes de enero de 2014, le fueron compensados 30 días, que se corresponde al ciclo de cotización que va desde el 1º de diciembre al 31 de diciembre de 2013.

Así las cosas, resulta claro que en el presente caso, no es procedente concluir la responsabilidad del empleador en el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aplicando el artículo 3º del Decreto 047 del 2000, como quiera que la sociedad Automundial pagó los aportes en salud de su trabajadora para los ciclos de noviembre y diciembre de 2013 en debida forma, de suerte que según el entender de la Sala, el hecho de que la trabajadora no haya efectuado cotizaciones al SGSSS por la totalidad del período de gestación, no se debe a una omisión de la parte convocante, sino al hecho de que la señora Niño se encontraba en estado de garbidez antes de iniciar la respectiva relación laboral.

Ahora bien, no puede dejar de lado la Corporación que pesar de las restricciones o límites impuestos por artículo 3º del Decreto 047 del 2000, para efectos de reconocer la licencia de maternidad, relacionadas con la cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación, es preciso señalar que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades en sede de tutela, indicando que ante el evento en el que la trabajadora haya efectuado cotizaciones por un lapso inferior, se deberán seguir algunas reglas para efectos de su pago de manera proporcional, siendo importante advertir que si bien, las decisiones por esta vía tienen efectos inter partes, en todo caso, su *ratio decidendi*, tienen poder vinculante, como bien lo ha referido la Alta Corporación, de suerte que ello sí resulta aplicable al caso, contrario a lo referido por la parte apelante.

Es así que en la sentencias T-1223 de 2008 y T-174 de 2011, se estableció que cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad. Por el contrario, cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado.

Lo anterior, por cuanto la Corte consideró que existe una discrepancia entre la manera de contar los meses de gestación y la forma de contar los meses de cotización, que genera una desventaja para las mujeres, ya que 9 meses de gestación corresponden a menos días que 9 meses de cotización, por tanto, se adopta, con base en el principio *pro homine*, la posición relacionada con el pago proporcional de la licencia, dado que en virtud de dicho principio debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia.

En este punto, resulta oportuno precisar que la Sala no desconoce que ese desarrollo jurisprudencial está enfocado a proteger directamente los derechos de la mujer y del recién nacido, lo cual llevaría a pensarse que el mismo no resulta aplicable a caso objeto de estudio, dado que quien reclama la licencia de maternidad es directamente el empleador, ante el pago realizado por este a su trabajadora.

No obstante, no puede olvidarse que en virtud del Decreto Ley 019 de 2012 *"El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento."*

Asimismo, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, establece que los empleadores tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud cumplan los requisitos previstos en dicho artículo.

Por tanto, es claro que, aunque el empleador debe pagar a la trabajadora la licencia de maternidad, lo cierto es que el verdadero responsable de la misma es la EPS, a menos que no se atiendan las reglas dispuestas en la normatividad anterior, que en todo caso en el *examine*, no se discute por parte de la EPS convocada.

En ese orden, al no existir discusión en cuanto a que la parte accionante reconoció la licencia de maternidad de su trabajadora en su totalidad como corresponde de acuerdo al precedente citado, no existe duda para la Sala que la parte actora tiene derecho al reembolso de la misma, a cargo de la EPS convocada, en la suma definida

por el *a quo*, esto es, de manera proporcional al tiempo cotizado por la señora Niño durante su período de gestación, dado que sobre ello no existió discusión en el recurso de apelación.

Indexación

Sobre la indexación concedida por el fallador de primera instancia, baste con decir que la misma es procedente independientemente de que la encartada haya actuado o no de buena fe, y acatado o no las normas que regulan la materia, como quiera que la misma no debe ser interpretada como una sanción, ya que simplemente corresponde a una actualización monetaria ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2019, por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

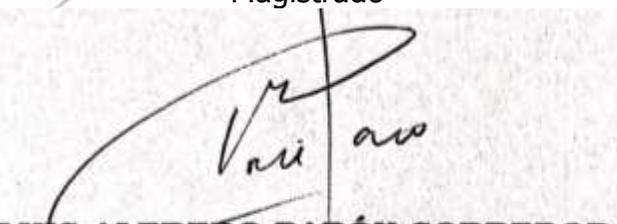
SEGUNDO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, una vez agotado el trámite de rigor.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-