



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D. C., veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia 2020-00198 Acción de Tutela instaurada por **MARILIN MILANYELA DUARTE POLO** contra **EPS COOMEVA**.

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES

1. Marilin Milanyela Duarte Porto a través de apoderada judicial instauró acción de tutela contra EPS Coomeva, manifestando vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad.

2. Como fundamentos de hecho, en esencia, adujo que:

2.1. La señora Marilin Milanyela Duarte Porto se encuentra afiliada a la accionada EPS Coomeva en calidad de dependiente.

2.2. El 13 de octubre de 2019 la actora dio a luz a su menor hija, en la Fundación Hospitalaria Infantil Universitaria de San José.

2.3. Durante el periodo de gestación, la demandante estuvo vinculada a la empresa Servicios Mapre S.A., quien gestiono la licencia de maternidad requerida.

2.4. El 5 de noviembre de 2019 la Entidad Promotora de Salud emite la incapacidad No. 12490235 donde se reconoció la suma de \$3.284.442.0 por 126 días de licencia de maternidad.

2.5. No obstante a lo anterior, la accionada se ha negado a pagar dicha incapacidad a nombre de la actora o su empleador.

3. Solicita en consecuencia se proteja los derechos invocados, ordenando a la EPS Coomeva, *“...consignar el valor total de la licencia de maternidad de la señora Marilín Milanyela Duarte Porto en el menor tiempo posible a su cuenta de ahorros No. 066870061117 del Banco Davivienda, puesto que tiene todo el derecho a ella y jamás ha sido consignada...”*.

TRAMITE PROCESAL

1. Admitido el escrito introductor se dispuso notificar al accionado para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo, se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, la Secretaría Distrital de Salud, y Servicios Mapre SAS.

2. La EPS Coomeva mencionó, que pese a que la accionante tiene derecho al reconocimiento económico de incapacidad de licencia de maternidad, no es procedente reclamar la misma ante la Entidad Promotora de Salud, como quiera que el empleador Servicios Mapre SAS, se encuentra en mora en el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, de los meses de marzo, mayo, junio, noviembre de 2017, marzo, abril, mayo, octubre de 2018, y febrero de 2019.

Agregando, que pese a que el empleador se ponga al día en las cotizaciones pendientes, esto no implicara el reconocimiento económico retroactivo de las incapacidades y licencias; razón por la cual el empleador deberá sufragar el pago de incapacidades durante el tiempo de suspensión del servicio (artículo 8 de la Ley 828 de 2003 en concordancia con el artículo 43 de la Ley 789 de 2002).

De igual forma preciso, que en oportunidad requirió a la empleadora Servicios Mapre para que procediera a normalizar el pago de los aportes en salud de sus afiliados, sin obtener respuesta positiva de la misma (fls. 31 al 33).

3. La Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES advirtió, que no es responsable del agravio alegado por la actora, razón por la cual carece de legitimación en la causa (fls. 34 al 36).

4. La Secretaría Distrital de Salud señaló, que le corresponde a la EPS Coomeva reconocer y pagar la licencia de maternidad requerida por la actora, pues se evidencia que cuenta con todos los periodos compensados desde el inicio de la gestación, según lo prevé el artículo 2.2.3.1. del Decreto 780 de 2016 (fls. 37 al 41).

5. Una vez revisado el expediente se evidencio, que la Secretaria del Despacho de forma errónea elaboró y remitió el oficio de vinculación a Mapre Seguros de Colombia, cuando en el auto de admisión de la acción de tutela se decretó la vinculación MAPRE, y con ánimo de resguardar el derecho de defensa que le asisten a la referida sociedad, el Despacho mediante auto del 18 de marzo de 2020, ordenó que se surtiera en debida forma la notificación a Servicios MAPRE S.A.S, para que en el término de un (1) día se pronunciara frente al escrito de tutela, quien guardó silencio en el término del traslado concedido.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela constituye un mecanismo previsto en la Constitución Política de 1991 cuyo fin primordial es la protección de los derechos fundamentales en caso de amenaza o violación por las autoridades públicas o los particulares, viabilizándose cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.P. y Decreto 2591 de 1991).

En cuanto a las condiciones de procedencia del amparo constitucional, se tiene que está supeditada al carácter de residualidad, subsidiariedad, e inmediatez, es decir, que no exista otra vía por medio de la cual se pueda obtener de modo optimo y eficaz la protección aludida (salvo que se invoque como mecanismo transitorio), y que sea interpuesta de forma tempestiva y/o dentro de un término razonable a la ocurrencia de los hechos motivos de la queja.

2. En el sub-examine se impetró la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad de Marilin Milanyela Duarte Porto por cuanto, según se dijo, la EPS Comeva se ha negado a pagar la licencia de maternidad causada entre el 13 de octubre de 2019 al 15 de febrero de 2020.

Frente a este punto, se advierte que la apoderada judicial de la señora Marilin Milanyela Duarte Porto, no le fue conferido poder para representar a la menor Milanyela González Duarte, ni tampoco se advirtió que actuaba como agente oficiosa de aquella,¹ toda vez que no preciso las razones por las cuales la representante legal de la infante no estaba en condición de concurrir directamente y que tal imposibilidad

¹ El artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela puede ser interpuesta a nombre propio o de otro, según lo reguló el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, al permitir la presentación del amparo constitucional a través de un tercero bajo la figura del agente oficioso, o por intermedio de representante judicial.

se encuentre acreditada, razón por la cual solo se ha de amparar los derechos que le asiste a la madre gestante.

3. En cuanto al pago de aquel rubro, el artículo 3, numeral 2 del Decreto 047 de 2000 señaló que, *“para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión”*.

Sin embargo, la jurisprudencia establece una excepción cuando la madre no ha cancelado la totalidad de los meses de gestación de manera ininterrumpida,² y al efecto ha precisado que la Entidad Promotora de Salud viola este derecho fundamental, así como el de la vida de una mujer, cuando niega la licencia de maternidad con el argumento que no cumplió con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, en razón a que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación para poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia, pues ha considerado que este requisito no puede tenerse en cuenta como argumento suficiente para su negativa, sino que se puede sufragar de manera proporcional de acuerdo al número de aportes realizados, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema.

A partir de estas consideraciones, se formularon dos hipótesis fácticas que definen tratamientos diferentes, dependiendo del tiempo dejado de cotizar:

“(i) 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.

(ii) 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”

4. Vistos los argumentos precedentes ha de concluirse que dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de

² Sentencia T-049-11.

manera total o proporcionalmente, siempre y cuando se cumpla las condiciones que la Jurisprudencia ha planteado:

- a. El término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo.
- b. La responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador
- c. Se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe.

5. En punto a la obligación del empleador de pagar la licencia de maternidad, la doctrina constitucional señala, entre otros en fallo T 1223 de 2008:

“....Antes del parto debe: (i) haber cotizado durante todo el período de gestación; (ii) haber efectuado de manera oportuna y completa el pago de las cotizaciones de al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho -el empleador, o ella misma en el caso de las trabajadoras independientes-, y haberlo hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho, (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (iv) haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema y (v) haber cumplido con las reglas de períodos mínimos para movilidad

Ahora bien, las reglas de la jurisprudencia se refieren al pago de la licencia en tres hipótesis:

- 1. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS no rechaza el pago, se allana a la mora y el pago corresponde a la EPS.*
- 2. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador fue vinculado al proceso de tutela, a él se le debe ordenar el pago.*
- 3. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador no fue vinculado al proceso de tutela no se puede ordenar a la EPS el pago....”³*

³ T-1223 de 2008.

6. Bajo ese contexto, es procedente el reconocimiento económico de la prestación solicitada a cargo del empleador vinculado Servicios Mapre SAS, en primer lugar, porque que la acción de tutela se presentó el 11 de marzo de 2020, es decir, antes que se completara un año desde el alumbramiento (13 de octubre de 2019, ver folio 13); y en segundo lugar, porque la Entidad Promotora de Salud al contestar la queja constitucional, replicó que la empleadora es la responsable de pagar la licencia de maternidad reclamada, al haberse sustraído de cancelar los aportes comprendidos entre los periodos de marzo, mayo, junio, noviembre de 2017, marzo, abril, mayo, octubre de 2018, y febrero de 2019, la cual fue requerida el 11 de mayo de 2018 para que normalizara la cartera en mora (fl. 32 dorsal), es decir, que al incumplir la empleadora su deber de pagar de forma completa los aportes de salud durante el año anterior a la acusación del derecho (data en la que se dio el alumbramiento), y al estar pendiente de pagar dichos aportes a la Entidad de Salud Promotora de Salud accionada (situación que no fue controvertida y/o desvirtuada), se dará paso a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, teniendo por ciertos los hechos expuesto por la EPS Coomeva ante el silencio de la empleadora vinculada Servicios Mapre SAS, al informe solicitado por el Despacho en oportunidad.

Teniendo en cuenta lo establecido en la jurisprudencia y para el caso en concreto se ordenará dicho pago de manera completa a cargo del empleador Servicios Mapre SAS, pues de la relación de reportes presentada por la Secretaria de Salud al contestar la queja constitucional (fl. 38), se advierte que la accionante cotizó nueve (9) meses ininterrumpidos durante su período de gestación; a efecto de garantizar el mínimo vital de la accionante y de su menor hija, máxime cuando no demostró que aquellas cuenten con ingresos diferentes a los que constituyen la base de cotización reportada al Sistema General de Salud.⁴

En consecuencia, se ordenará a Servicios Mapre SAS. que en el término que más adelante se precisa, pague a la señora Marilyn Milanyela Duarte Porto la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija, es decir, los 126 días que comprende el subsidio de maternidad causado entre el 13 de octubre de 2019 al 15 de febrero de 2020, en la cuenta de ahorros No. 066870061117 del Banco Davivienda.

DECISIÓN

En virtud de las motivaciones que preceden, **el JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

⁴ La Corte Constitucional ha sostenido que se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad, cuando la madre gestante o lactante devenga un salario mínimo o menos de este o cuando el salario es su única fuente de ingreso (T – 996 de 2010).

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo deprecado por **MARILIN MILANYELA DUARTE POLO** dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **SERVICIOS MAPRE S.A.S** o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, le pague a la señora **MARILIN MILANYELA DUARTE POLO** la incapacidad No. 12490235 donde se reconoció el pago de la licencia de maternidad por 126 días desde el 13 de octubre de 2019 al 15 de febrero de 2020, en la cuenta de ahorros No. 066870061117 del Banco Davivienda.

TERCERO: COMUNICAR a las partes y a las entidades vinculadas la presente decisión por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE,

MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ
(Documento firmado en original)

