



Campo de la Cruz – Atlántico, abril diecisiete (17) de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN: 08-137-40-89-001-2023-00044-00.

ACCIONANTE: LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ.

ACCIONADO: MUTUAL SER E.P.S.

VINCULADOS: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

ASUNTO A DECIDIR:

Procede el despacho a resolver la presente ACCIÓN DE TUTELA presentada por la señora LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ, contra MUTUAL SER E.P.S., por la presunta vulneración al derecho fundamental de MINIMO VITAL consagrado en la Constitución Nacional.

HECHOS:

Los cuales narra la accionante de la siguiente manera:

PRIMERO: Que se encuentra afiliada en MUTUAL SER E.P.S., al régimen contributivo como afiliada – cotizante, dicha vinculación se encuentra activa.

SEGUNDO: Que quedó embarazada de su hija MARIA LAURA CABALLERO PASCUALES estando afiliada a la EPS Mutual Ser y el parto fue el día 22/11/2022.

TERCERO: Sostiene que el 06/12/2022 elevó una petición referente a *solicitud de mi licencia de maternidad conforme al artículo 2.1.13.1. del decreto 780 de 2016* ante EPS MUTUAL SER y que en fecha 4 de febrero de la presente anualidad envió alcance a la petición adjuntando toda la documentación requerida por la EPS en cuestión para el pago de dicha licencia.

CUARTO: Afirma que la EPS MUTUAL SER respondió el 15 de febrero de 2023 negándole el pago de su licencia de maternidad argumentando que a la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento de la licencia se encontraba en mora de pagar la EPS.

QUINTO: Sostiene que *en virtud de mi embarazo y de estar en mi último mes de gestación el cual me dificultaba la movilidad, además de la inflación y altos precios de todos los alimentos y necesidades de mi bebé me imposibilitaron realizar el pago a tiempo, sin embargo, apenas tuve la oportunidad económica y con el apoyo de mis vecinos, logré reunir para el pago del mes de seguridad social.* Y que al pagar el mes que adeudado de seguridad social no recibió notificación por parte de la encartada, entendiendo que se allana a la mora.

SEXTO: Arguye que la EPS al no pagar su licencia de maternidad esta afectando su derecho al mínimo vital y el de su hija ya que no ha podido cubrir el pago de los servicios públicos domiciliarios, los cuales están a punto de cortarlos, que a su vez debe una cuenta al tendero del barrio en el que reside y que el padre de su hija no se encuentra laborando y que por ello no le ha sido posible satisfacer las necesidades sus necesidades básicas de su hija.

SEPTIMO: Que es madre cabeza de hogar, sin ningún tipo de apoyo y que a la fecha no tengo ingresos por mi estado de incapacidad de licencia de maternidad lo que no le permite suplir sus necesidades y las de su bebé.

PETITUM

Teniendo en cuenta el anterior relato de la situación fáctica la actora pide al despacho en esta acción:



“Solicito Señor (a) Juez Constitucional ordene a la sociedad EPS MUTUAL SER el reconocimiento y pago de mi licencia de maternidad conforme a la normatividad vigente.”

PRUEBAS

Se tendrán como pruebas los documentos allegados con el escrito tutelar.

TRÁMITE PROCESAL

Recibida la solicitud de amparo, este despacho procedió admitir la presente ACCION DE TUTELA incoada por la señora LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ, contra MUTUAL SER E.P.S mediante de auto fechado 22 de marzo de 2023, corriéndoles traslado con oficio No. 0170 de la misma fecha del cual existe la constancia de recibido, quedando debidamente notificados, Para que se pronunciara acerca de los hechos de la tutela, en el cual se le concedió el término de 48 horas para rendir informe.

Posteriormente fue ampliado el termino de fallo en tres (3) días a fin de vincular al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Al correrle traslado a la entidad encartada esta rindió informe en el término señalado para ello, indicando que: “La señora Liliana Patricia Pascuales Martínez se encuentra inscrita en Mutual Ser EPS en el régimen contributivo en calidad de cotizante independiente. Ahora bien, respecto a los hechos narrados en el escrito de tutela, la accionante señala que, el 22 de noviembre de 2022 inició su licencia de maternidad, por lo tanto, solicita el reconocimiento y pago de la prestación económica.”

“El pago de la licencia de maternidad está condicionada no solo al pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación, sino también que, debe realizarse en las fechas límites de pago del periodo de cotización, en otras palabras, la afiliada no solamente debe cumplir con el pago de las cotizaciones, sino que este debe efectuarse acorde a las fechas límites de pago establecidas por la normativa.”

“Ahora bien, en el caso concreto, es importante determinar el orden cronológico del inicio de la licencia de maternidad, la solicitud de reconocimiento y pago y las fechas de pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social efectuadas por la accionante, así:

Fecha de Inicio de la licencia	22 de noviembre de 2022
Fecha de radicación solicitud de reconocimiento	6 de diciembre de 2022
Fecha de Pago oportuna para el periodo del evento decreto 1990 del 2016	17 de diciembre de 2022
Fecha de pago planilla periodo por cotizante (extemporánea)	22 de diciembre de 2022

La accionante de la Pascuales Martínez está identifica con la cédula de ciudadanía No. 1007126975, cuyos últimos dos dígitos corresponden al N°75, y, en concordancia con lo establecido en el Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto 1990 de 2016, a la accionante le correspondía efectuar el pago oportuno de la cotización al sistema el 12° día hábil del mes vencido, es decir, el 17 de diciembre de 2022, sin embargo, la actora efectuó el pago de manera



EXTEMPÓRANEA, puesto que, realizó el pago de la planilla del mes del evento (enero) el 22 de diciembre de 2022. En consecuencia, se constata que, la cotización del mes del evento se efectuó de manera extemporánea, por lo tanto, EN EL CASO CONCRETO NO SE CUMPLE CON LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS NORMATIVAMENTE PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.”

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

Al correrle traslado de la presente acción constitucional a esta entidad se pronunció sobre los hechos indicando lo siguiente:

“Pese a que el Ministerio de Salud y Protección Social NO es el responsable del reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, vale la pena realizar las siguientes apreciaciones y disposiciones que se han desarrollado sobre la materia:

Respecto al reconocimiento y pago de la LICENCIA DE MATERNIDAD, es pertinente indicar que este, es un beneficio que la ley laboral ha reconocido a la mujer que ha dado a luz siempre que ésta sea cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y acredite algunos requisitos en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de enero 04 de 2017.

De lo anterior se infiere que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante el Ministerio de Salud y de Protección Social, máxime cuando en el artículo 66 de la Ley 1753 de 20151, se previó la creación de una entidad de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio autónomo denominada Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-, que tendrá por objeto administrar los recursos del SGSSS y , que por disposición del Decreto 546 de 2017 2 asumirá la administración de dichos recursos a partir del 1 de agosto de 2017.

Teniendo en cuenta, que el objetivo del accionante es la cancelación de las prestaciones económicas por concepto de incapacidades médicas, es pertinente indicar que la acción de tutela no puede desplazar los mecanismos judiciales previstos en la jurisdicción ordinaria.”

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La entidad en mención no rindió contestación alguna a la presente acción constitucional

CONSIDERACIONES

El Constituyente del 1991, se preocupó por consagrar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección e incorporó por vez primera en el ordenamiento jurídico colombiano, las llamadas acciones constitucionales. Entre éstas, se encuentra la acción de tutela, mecanismo que protege los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados, por cualquier autoridad pública y por los particulares, éstos últimos en los precisos casos señalados en la ley. (Artículo 86 de la Constitución Nacional)

Es así como señala el artículo 86 de la Carta Política que la acción de tutela *“procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Esta figura del perjuicio irremediable es tenida en cuenta



en el Decreto 2591 de 1991, en su Art. 6º, donde se señala que la acción de tutela es improcedente "1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

Así las cosas, cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto. Si no se dispone de medio de defensa judicial, deberá darse curso a la acción de tutela. Por el contrario, si existe medio de defensa judicial, deberá considerar, frente a las particularidades del caso concreto, su eficacia para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues esta circunstancia será la que lo faculte como juez constitucional para decidir de fondo en el asunto puesto a su conocimiento.

Dentro de la presente acción de tutela la accionante alega la vulneración a sus derechos fundamentales por cuanto la EPS se ha negado a cancelar la licencia de maternidad, por lo que es su pretensión que se ordene a la EPS el pago de tales acreencias.

La H. Corte Constitucional en Sentencia T-998 de 2018, en lo concerniente a la Licencia de Maternidad, que:

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

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que "dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad"[Sentencia T-489 de 2018]

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

Asimismo, el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos: Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto."



ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La señora LILIANA PATRCIA PASCUALES MARTÍNEZ promovió acción de tutela en contra de MUTUALSER EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, y al MINIMO VITAL en tanto sostiene que la EPS accionada no ha reconocido y pagado la licencia de maternidad que le fue prescrita en virtud del nacimiento de su hija en el mes de noviembre de 2022.

Según lo manifestado por la actora y de la contestación de la accionada MUTUALSER EPS en cuanto a los hechos no le reconoció el pago de tal prestación en razón a que la actora no efectuó la cotización de forma oportuna, esto es que no realizó el pago de la planilla del mes del evento (enero) de manera oportuna es decir el 17 de diciembre , haciéndolo solo hasta el 22 de diciembre de 2022 .

Aunado a lo anterior esta EPS alega en su contestación que la negativa en acceder al pago de la licencia de maternidad es por en razón a que indican que en el caso de reconocer tal prestación estarían desconociendo la normatividad que trata sobre el reconocimiento de requisitos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de los cuales la observancia de sus requisitos establecidos es de carácter legal.

Revisados los anexos electrónicos, se observan los certificados de incapacidad o licencia, el registro civil de nacimiento de la hija de la actora y la solicitud de reconocimiento de pago de licencia de maternidad.

Con respecto a la licencia de maternidad, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1 Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

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

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

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -



UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar."

La Corte ha expresado en sus Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, entre otras, que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del cotizante, la entidad omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial. El Máximo fallador de la jurisdicción Constitucional en Sentencia T 605 de 2004 en casos como el descrito se refirió aduciendo que:

"la razón de fondo que aduce CAJANAL para negar la tutela es la del pago de cotizaciones tardías, tema que, como se indicó, la Corte ha resuelto señalando que la mujer tiene derecho a percibir lo correspondiente a licencia de maternidad, aunque haya cotizado extemporáneamente a CAJANAL, siempre y cuando se haya saneado la mora, es decir, cuando la cotización no ha sido devuelta o ha sido recibida por la entidad promotora de salud sin objeción alguna."

Así, las cosas la E.P.S. no tiene excusa alguna para no reconocer y/o pagar la licencia de maternidad, pues tiene a su disposición medios judiciales para el cobro de los aportes que en el evento se encuentre en mora por parte de los cotizantes.

Siguiendo esta línea argumentativa este Despacho evidencia que la señora PASCUALES MARTINEZ dio a luz el 22 de noviembre de 2022, y que en tal circunstancia fue atendida por conducto de la EPS accionada en razón de su vinculación en el régimen contributivo para la fecha, de suerte que la misma tendría derecho al pago de la licencia de maternidad en las proporciones que conforme su caso fuere procedente.

Que en este punto y frente a lo alegado por la EPS cabe recordar que aun cuando el empleador y/o cotizante independiente haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que aquélla se allanó en la mora, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

En este caso y de cara a lo ya expuesto, ha de señalarse que revisado el diligenciamiento no hay evidencia alguna que demuestre que la EPS accionada, haya requerido a la accionante LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ, para constituir la en mora por el pago del aporte a salud del mes de agosto, y por el contrario, se advierte que MUTUALSER EPS aceptó la cancelación del mismo al recibirlo en el mes de diciembre, tal como lo reconoce en la respuesta ofrecida en el presente trámite y a la misma actora, de manera que si existió una mora, la misma se purgó y no puede ser éste el fundamento para negar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida mediante esta acción, ello pues se reitera, la demora en la cancelación se superó por el mismo actuar de la EPS accionada, pues se allanó a la misma, dicho de otro modo, la entidad prestadora de salud sí debe reconocer y cancelar la prestación a la que se ha venido haciendo referencia, pues el argumento aducido para su negación no encuentra asidero en la jurisprudencia constitucional, y va en contra de preceptos y principios superiores.

En virtud de lo anterior, no existe ningún argumento para que MUTUALSER EPS, no haya cancelado la licencia de maternidad, por lo que se concederá el amparo solicitado y se le ordenará



que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a favor de la actora, en forma completa, si a ello hay lugar o proporcional a los días cotizados siempre y cuando se sustente tal circunstancia, y respetando el derrotero jurisprudencial que señala que si se dejó de cotizar menos de dos meses del período de gestación, se cancela la prestación en forma completa y si es mayor el tiempo dejado de cotizar en forma proporcional.

Expuesto lo anterior, el Despacho tutelar el derecho fundamental al mínimo vital.

Frente a la solicitud de reintegro por parte de ADRES, no se requiere una orden judicial que lo autorice, en tanto que la entidad promotora de salud cuenta con los mecanismos legales y administrativos para ese propósito, si hubiere lugar a ello.

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

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital de la señora LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ, de conformidad con lo anotado en la parte considerativa de este proveído, y en consecuencia.

SEGUNDO: ORDENAR a MUTUALSER EPS que si aún no lo hubiere hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído RECONOZCA, LIQUIDE Y CANCELE en su totalidad (100%), la licencia de maternidad otorgada a la señora LILIANA PATRICIA PASCUALES MARTINEZ, siempre y cuando la actora haya dejado de cotizar menos de dos meses del período de gestación, en caso de no ser así, esto es, que haya superado los dos meses sin cotizar de cara al tiempo de gestación, deberá la EPS pagar dicha prestación en forma proporcional a los días cotizados, circunstancia que debe encontrarse debidamente acreditada a fin de respetar el derrotero jurisprudencial sobre la materia, lo anterior según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DESVINCULAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

CUARTO: Notifíquese este fallo en los términos previstos en el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA CASTAÑEDA FLÓREZ
Juez Promiscuo Municipal