**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD**

Aquí pretende la accionante la defensa de los derechos invocados, presuntamente vulnerados por la EPS accionada, que se niega a pagarle la licencia de maternidad.

**SEGURIDAD SOCIAL / SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA**

… en lo que se refiere a la subsidiariedad, debe señalarse que, si bien en principio la acción de tutela caracterizada por ser residual, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que, la accionante afirmó que carece de recursos económicos, y ante similares circunstancias, la Corte Constitucional ha dicho “(…) la actora goza de especial protección porque es madre de un recién nacido y manifestó que no tiene la capacidad económica para cubrir los gastos de subsistencia de ambos.

**SEGURIDAD SOCIAL / LICENCIA DE MATERNIDAD / ALLANAMIENTO A LA MORA**

Esta Corporación ha indicado 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 empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA**

**SALA CIVIL-FAMILIA**

Magistrado Ponente: **JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**ST2-0254-2023**

Expediente: 66001311000120230017601

Acta: 347 del 18 de julio de 2023

Pereira, julio dieciocho de dos mil veintitrés

Decide la Sala la impugnación elevada por la accionada contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023, por Juzgado Primero de Familia de Pereira, en esta **acción de tutela** formulada por **Angie Paola Valencia Giraldo** contra **Nueva EPS**, y a la que fue vinculado **José Ferney Orrego Jiménez**.

**1. ANTECEDENTES**

1.1. Expuso la demandante que el 5 de diciembre de 2022 dio a luz a su hijo, por ello, el 4 de enero de 2023 le solicitó a Nueva EPS el pago de su licencia de maternidad por un total de 188 días, sin embargo, ello fue negado con respuesta del 24 de enero siguiente, con el argumento de que el aporte del mes de diciembre se hizo de manera extemporánea, y el 4 de mayo le reiteraron que dicho reconocimiento era improcedente. Agregó que ella es madre cabeza de familia de escasos recursos, por lo cual está en riesgo su mínimo vital y el del menor recién nacido.

Pidió, entonces, ordenarle a la accionada pagarle la aludida prestación.[[1]](#footnote-1)

1.2. En primera instancia se dio impulso a la acción con auto del 8 de mayo de 2023, con la vinculación de José Ferney Orrego Jiménez, empleador de la accionante.[[2]](#footnote-2)

1.3. Nueva EPS informó que, ante la solicitud para el pago de la licencia, se informó que el aporte correspondiente al periodo de diciembre 2022, a cargo del empleador, fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora. *“Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia (…) de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de Julio de 2022 (…)”.[[3]](#footnote-3)*

1.4. Sobrevino el fallo de primera instancia que concedió el amparo luego de concluir que, habiendo expedido el certificado de licencia de maternidad por 188 días, Nueva EPS debió pagársela, dado que esa entidad es la responsable de la prestación.[[4]](#footnote-4)

1.5. Impugnó la compelida, insistiendo en que se ordenó el pago de la licencia sin el lleno de los requisitos legales y solicitando que se faculte a la Nueva EPS para recobrar ante el ADRES lo desembolsado con ocasión de la prestación.[[5]](#footnote-5)

**2. CONSIDERACIONES**

2.1. El constituyente colombiano introdujo desde 1991, en la Carta Política, la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

Aquí pretende la accionante la defensa de los derechos invocados, presuntamente vulnerados por la EPS accionada, que se niega a pagarle la licencia de maternidad.

2.2. En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela se tiene lo siguiente:

La legitimación en la causa por activa se cumple, pues la demandante se encuentra afiliada a Nueva EPS y es la peticionaria de la licencia; también se supera por pasiva porque la EPS tiene a su cargo el pago de la licencia de maternidad y es la destinataria de la petición de reconocimiento; al respecto la Corte Constitucional ha explicado[[6]](#footnote-6):

En su contestación, la EPS sostuvo que no está legitimada en la causa por pasiva ya que el pago de la licencia de maternidad debe ser reclamado a la empleadora de la accionante, quien luego podrá solicitar el reembolso si cumplió con sus obligaciones oportunamente. No obstante, este Tribunal ha aclarado que “[l]a obligación de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recae en las EPS”. Además, las diferentes salas de revisión han ordenado de forma pacífica y constante el pago de licencias de maternidad directamente a las EPS, aún cuando se trata de trabajadoras dependientes. Por lo tanto, es claro que FAMISANAR está legitimada en la causa por pasiva.

Como se ve, la encargada de la prestación es la EPS, en ese orden de ideas el empleador de la demandante carece de legitimación en la causa por pasiva, de ahí el acierto de su exoneración en el fallo de primera instancia.

La inmediatez también se supera porque según informó la EPS, el comunicado mediante el cual negó de la licencia fue notificado el 16 de enero siguiente[[7]](#footnote-7), y esta tutela se radicó el 5 de mayo de 2023[[8]](#footnote-8), dentro del plazo de 6 meses que, en general, tiene establecido la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9).

Y en lo que se refiere a la subsidiariedad, debe señalarse que, si bien en principio la acción de tutela caracterizada por ser residual, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que, la accionante afirmó que carece de recursos económicos, y ante similares circunstancias, la Corte Constitucional ha dicho *“(…) la actora goza de especial protección porque es madre de un recién nacido y manifestó que no tiene la capacidad económica para cubrir los gastos de subsistencia de ambos. En esta medida, someter a la peticionaria a la duración de un proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud sería desproporcionado por desconocer la protección reforzada y la garantía del derecho fundamental al mínimo vital, de los que son titulares ella y su hijo. Por lo tanto, ante la ausencia de un medio de defensa idóneo y eficaz para proteger el mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo en este caso.”[[10]](#footnote-10)*

2.4. Para resolver el caso, es menester traer esta providencia las siguientes enseñanzas de la alta corporación[[11]](#footnote-11):

**7. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud**

Esta Corporación ha indicado 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 empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993**, que establece lo siguiente:

*“ACCIONES DE COBRO.**Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.*

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

*“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS.*

*(…) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.*

*Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.”*

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, **salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.**

Así, asentir que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, **pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado.**

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, **no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo.** (Destaca la Sala)

2.3. Superada la procedencia de la demanda sigue el análisis del caso concreto, en el que, sin mucho andar, se descubre que la razón está de parte del juzgado de primera instancia, y no de la impugnante.

En efecto, asegura Nueva EPS que en este evento está exonerada de reconocer la prestación, en atención a lo reglado en el inciso 2° del artículo 2.2.3.2.1., que reza: *“Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar”;* ello en consideración a que, la fecha límite de pago del aporte correspondiente al mes de diciembre, era el 9 de diciembre de 2022, y el empleador lo canceló el 10 de enero de 2023.[[12]](#footnote-12)

Sin embargo, según se explica la jurisprudencia transcrita, para que la EPS pueda eximirse de dicha obligación, es menester que haga uso de las acciones de cobro que tiene a su disposición, contra el empleador moroso, y en este caso, no hay evidencia de que ello hubiera ocurrido, lo cual implica su allanamiento a la mora, y la consecuente obligación de reconocer y pagar la subvención.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia en el que se le ordenó a Nueva EPS pagar la licencia de maternidad a la accionante.

Solamente se adicionará para negar la solicitud tendiente a que se faculte a la EPS a recobrar ante el ADRES, por tratarse de un asunto interadministrativo, ajeno al debate constitucional de marras.[[13]](#footnote-13)

**3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia impugnada.

Se **ADICIONA** un numeral para negar la solicitud tendiente a que se faculte a la EPS a recobrar ante el ADRES.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5o. del Decreto 306 de 1992 y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Documento 01., C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 02., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 06., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 09., C. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-014-22. [↑](#footnote-ref-6)
7. Pág. 2., Documento 06., C. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Pág. 2., Documento 01., C. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. SU-037 de 2019 y SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-014 de 2022 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-526/19 [↑](#footnote-ref-11)
12. Así lo explica en su contestación (Pág. 2., Documento 06., C. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. En el mismo sentido, Sentencia TSP.ST2-0437-2021 [↑](#footnote-ref-13)