



ACCIÓN DE TUTELA

68001-40-88-016-2021-00064-00

Bucaramanga, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.814.230, actuando en nombre propio, en contra de NUEVA E.P.S, SOLUCIONES E INGENIERIA IDEAS SOSTENIBLES SAS y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES -, para la protección de los derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados a la seguridad social y mínimo vital.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

A la señora FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.814.230, le fue expedida licencia de maternidad por 126 días, desde el 20 de marzo de 2021 al 23 de Julio de 2021, sin que la entidad NUEVA E.P.S. haya reconocido su pago.

El 10 de mayo de 2021, el empleador SOLUCIONES E INGENIERIA IDEAS SOSTENIBLES SAS radicó petición invocando el reconocimiento de la licencia de maternidad en favor de la afectada, explicando los inconvenientes presentados al momento del pago de los aportes, los que ya habían sido superados, solicitud que fue resuelta en forma negativa por parte de NUEVA EPS, bajo el argumento de haberse cancelado en forma extemporánea los aportes al sistema de seguridad social correspondientes al mes de marzo de 2021.

Al respecto, manifiesta la accionante que se encuentra afiliada desde el mes de agosto de 2020 como dependiente y existió allanamiento a la mora por parte de NUEVA EPS, advirtiendo que la negativa en el pago de su licencia de maternidad atenta contra sus derechos fundamentales y los de su menor hijo.

PRETENSIÓN

Solicitó la accionante que se protejan los derechos fundamentales constitucionales a la seguridad social y mínimo vital, y en consecuencia se resuelva:

1. Ordenar a NUEVA E.P.S reconocer y pagar la licencia de maternidad otorgada por el médico tratante por 126 días desde el 20 de marzo de 2021 al 23 de Julio de 2021.



ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado veintisiete (27) de mayo del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a NUEVA EPS y vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD y a SOLUCIONES E INGENIERIA IDEAS SOSTENIBLES SAS, para que en el término de un (01) día ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

- 1. SOLUCIONES E INGENIERIA IDEAS SOSTENIBLES SAS**, vinculada en calidad de empleadora de la accionante, manifestó que a pesar de haberse realizado en forma completa los aportes a seguridad social, NUEVA EPS aún no ha cancelado la licencia de maternidad.

En torno a las afirmaciones realizadas por NUEVA EPS, refirió haber superado la mora incurrida por error en los meses de febrero y marzo de 2021, sin que se haya recibido requerimiento adicional de dicha entidad.

Indica que a la fecha se encuentran al día el pago de aportes a seguridad social de la afiliada, por lo que solicita se ordene la desvinculación de su entidad y se ordene a la entidad Nueva EPS realizar el pago de la licencia de maternidad.

- 2. NUEVA EPS**, informó que efectivamente la señora FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO se encuentra afiliada a su entidad en calidad de cotizante.

Refiere que los pagos efectuados por concepto de aportes corresponden a los realizados desde el mes de septiembre de 2020 hasta el mes de marzo de 2021, fecha en que ocurrió el nacimiento del menor, motivo por el cual al no haberse cotizado durante todo el período de gestación, le asiste derecho al reconocimiento de pago proporcional de la licencia de maternidad, equivalente al número de días cotizado frente al real de la gestación.

Señala que la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias económicas, pues para ello la accionante cuenta con la jurisdicción ordinaria por lo que solicita se declare improcedente la solicitud de amparo.

En forma subsidiaria, invoca se ordene el pago proporcional de la licencia, únicamente por los 210 días que fueron efectivamente cotizados durante la gestación.

- 3. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, mediante su apoderado especial, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad y del alcance constitucional y legal de la licencia de maternidad y de los derechos al mínimo vital y vida digna, expresó que respecto a la licencia de maternidad, de acuerdo al artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016, la obligación de la ADRES respecto al pago de licencias iniciaba una vez las EPS o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentaban las mismas para su reconocimiento y pago, y en el caso concreto dicha situación no había ocurrido aún. De tal forma, la ADRES no había desplegado ningún tipo de conducta relacionada con los hechos objeto de análisis, quedando clara la configuración de una falta de legitimación en la causa por pasiva, por ende solicitó se le desvinculara de la actuación.



ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es precisamente la persona que se considera directamente afectada por la conducta esgrimida por la parte demandada. Por lo tanto, al tenor de lo explicado en el título anterior, no existe duda acerca del cumplimiento de este requisito.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

El inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía, por lo cual la entidad accionada NUEVA E.P.S es demandable a través de la presente tutela, puesto que es la persona jurídica encargada de cancelar las incapacidades y las licencias de maternidad.

A su vez, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, por ser la entidad que se encuentra a cargo de garantizar el adecuado flujo de los recursos y los respectivos controles y la inspección, vigilancia y control del aseguramiento en salud respectivamente, puede llegar a tener cierto grado de responsabilidad en el asunto bajo estudio, por lo que se ordenó su vinculación, empero, dado que el pago final de la licencia de maternidad no le corresponde a su entidad, no le asiste legitimación en la causa por pasiva, por lo que surge claro para este Despacho que no ha vulnerado los derechos que invoca la

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



accionante, como quiera que dicha entidad no tiene dentro de sus funciones, el reconocimiento y pago de las incapacidades y licencias de maternidad a las afiliadas del régimen contributivo.

Por otra parte, Soluciones e Ingeniera Ideas Sostenible SAS como empresa empleadora con la cual la accionante presta sus servicios, por lo que le asiste interés en el presente trámite, por ser la encargada de realizar el pago de aportes a seguridad social.

Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidades accionadas son las encargadas de realizar aportes y brindar las licencias respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la licencia de maternidad otorgada a la señora FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO expedida desde el 20 de marzo de 2021 al 23 de julio de 2021, por 126 días, y la presente acción fue interpuesta el veintisiete (27) de mayo del corriente, por lo que es claro que se trata de un hecho reciente y continuado, por lo que considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, entre el parto, la radicación de la licencia de maternidad y la interposición de la acción de tutela, con lo cual se encuentra acreditado este presupuesto de procedibilidad.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de las acreencias que se persiguen (incapacidades y licencia de maternidad). Por lo cual, en principio dicho mecanismo constitucional es improcedente, ya que el derecho que se discute es de carácter prestacional.

No obstante, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha admitido que cuando la falta de pago de la licencia de maternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad, el mecanismo de amparo se convierte en la acción judicial procedente para obtener su pago.

De manera específica, la Corte en sentencia T-278-18 ha indicado que la tutela es procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: *primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho*



fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.

Por lo anterior, ante la posible inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable como lo es la carencia del mínimo vital para subsistir, se hace procedente la acción constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y protección a la mujer después del parto por parte de NUEVA E.P.S a FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO al no concederle el pago de la licencia de maternidad?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.

El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia².

² Corte Constitucional, sentencia T-373-98
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



DERECHOS FUNDAMENTALES DE MUJER EMBARAZADA- *protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus*

Algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental³.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas. Por lo que, podemos ver dos características esenciales: por un lado, le atribuye el carácter de derecho irrenunciable de toda persona y, por el otro, la instituye como servicio público de carácter obligatorio.

Debe recordarse, que este derecho se encuentra cobijado por los principios de universalidad y solidaridad.

A su vez, la Honorable Corte Constitucional lo ha definido como el "*conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano*"⁴

DERECHO AL MINIMO VITAL

*La jurisprudencia ha definido el mínimo vital como "aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional".*⁵

NATURALEZA Y CONCEPTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

*La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción*⁶.

REGLAS PARA ACCEDER AL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.

³ Ibidem

⁴ Corte Constitucional, Sentencia t-043-19

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-157 de 2014

⁶ t-503-16



Al respecto, el Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, 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.

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.”

La Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que:

(i)teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó se advierten dos circunstancias fácticas distintas En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (Subrayado fuera de texto)

TRÁMITE PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS – LICENCIA DE MATERNIDAD

Ahora bien, en lo que corresponde al reconocimiento y pago de dicha licencia cabe advertir que el Código Sustantivo del trabajo en su artículo 236, señaló:

ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente: >

1. 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.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

Trámite que se regula además, por el decreto Decreto 19 del 2012, (Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública) "ART. 121.—**Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad.** 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.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia. (Subraya fuera de texto)".

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. (Sentencia SU-075 de 2018)

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD- Requisitos de procedencia

Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del



mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna⁷.

DEL RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir» dispuso: "ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»

Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»⁸

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

⁷ T-278-18

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T – 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que a FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO le fue otorgada licencia de maternidad desde el 23 de marzo de 2021 hasta el 23 de julio de 2021. Ahora bien, la controversia por la cual se dio inicio a este trámite tutelar, radica en el hecho de que la accionante manifiesta que NUEVA E.P.S a la fecha no ha cancelado la licencia de maternidad correspondiente, pese a que la misma fue tramitada por ella directamente.

Bajo este orden de ideas, como se explicó al inicio de este proveído en principio por tratarse de asuntos prestacionales, la acción de tutela no sería procedente, no obstante al encontrarse en eventual riesgo el derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la señora FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO y su hijo quien resulta ser sujeto de especial protección constitucional, se hace procedente el mecanismo constitucional excepcionalmente cuando: I) los mecanismos existentes no son idóneos, cosa que en el caso concreto se evidencia pues lo que se busca con la presente acción de amparo es proteger el mínimo vital, ante el riesgo inminente y actual de su afectación, en personas que son sujetos de especial protección constitucional, por lo que no es eficaz someter a la madre al trámite ordinario laboral que conlleva un término extenso en el cual ella y su hijo podrían verse afectados en su subsistencia mínima; (II) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, situación que surge en el caso bajo estudio pues de no acudir a este mecanismo de protección constitucional podría ocasionarse un perjuicio irremediable como lo es el hecho de no poder sufragar los gastos básicos de subsistencia III) el titular de derechos es un sujeto de especial protección constitucional, pues no solo se trata de la señora FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO sino de los derechos fundamentales de su menor hijo.

Por lo anterior, se entiende que la licencia de maternidad no solo protege los derechos fundamentales de la accionante sino además desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Cambiando de flanco, es importante entrar a verificar, si en el *sub examine*, se encuentran configuradas las dos sub reglas que ha impuesto la corte, para la procedencia del amparo aquí deprecado; pues la Honorable Corte ha dispuesto, que en sede de tutela, no es un escenario idóneo para el reconocimiento de acreencias económicas, salvo unas excepciones puntuales, por lo que, para su procedencia, deben comprobarse los siguientes parámetros:

1. La accionante alega la afectación a su mínimo vital, bajo argumentos de no contar con el dinero suficiente para su sostenimiento y el de su menor hijo. Ella, desde el mes de septiembre de 2020 se encuentra vinculada en el régimen contributivo, en calidad de cotizante, por lo que cotizó un total de 7 meses, durante el período de gestación.
2. La accionante cotiza con un ingreso base de liquidación consistente en un (1) salario mínimo legal, como se puso apreciar de las planillas de pago y cotización correspondientes, dinero del que percibían sus ingresos, tal como lo refirió al Despacho, de lo cual, se evidencia que la vulneración del derecho al mínimo vital es inminente.
3. Dentro del expediente digital, la accionante demostró documentalmente que realizó el pago de aportes en salud desde el mes de septiembre de 2020 hasta el mes de marzo de 2021, por lo que la entidad NUEVA EPS indicó que se realizó la



Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías

cotización sin abarcar todo el período de gestación, de tal forma que la accionante no tiene derecho a la licencia de maternidad completa sino proporcional.

4. La accionante mostró la intención de cobro, solicitando por intermedio de su empleador el pago de la licencia de maternidad, el que fue negado y por ello optó por acudir a reclamar sus derechos por intermedio de la acción de tutela.
5. Desde el nacimiento del menor, han transcurrido tres meses.

La licencia de maternidad más que un beneficio financiero, tiene un alto grado de relevancia social que lo que cobija en realidad es la protección efectiva de los recién nacidos, para que sean sus padres los que les brinden la atención que requieran en sus primeros días de vida, apoyo económico que es requerido para suplir las necesidades básicos en los primeros días de vida.

Bajo el caso Sub Examine resulta claro que la accionante es una trabajadora dependiente de la empresa SOLUCIONES IDEAS INGENIERÍA SAS, siendo vinculada a la EPS SALUD TOTAL en calidad de cotizante dependiente desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, estando vigente en la actualidad su afiliación, por tanto, observa este Despacho que se cumple a cabalidad el requisito objetivo de cotización al sistema de seguridad social.

Ahora, en torno a la proporcionalidad en el pago de los aportes y la falta de pago oportuno de los mismos, la honorable Corte Constitucional en sentencia T-503 del 2016 indicó que: *"Los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, 1804 de 1999 y 47 de 2000, así como la jurisprudencia constitucional, han determinado los requisitos legales en relación con la obligación que tienen las EPS de pagar la licencia de maternidad, a las afiliadas que hayan dado a luz a su hijo:*

(i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación.

Jurisprudencialmente esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido.

(i) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

La Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

(ii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, "la jurisprudencia Constitucional ha sido



reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”.

Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.

(iii) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.

(iv) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia .”.

De lo anterior se debe concluir que: el derecho a la licencia de maternidad de la accionante es procedente de manera total, pues cotizó 7 meses, de los 9 meses de gestación, es decir no existió más de 10 semanas (2 meses) sin dejar de cotizar al sistema, por lo que bajo los lineamientos de la H. Corte Constitucional, el pago debe ser total.

Ahora, debe este despacho pronunciarse a determinar quién es el primer encargado de su reconocimiento y pago, al respecto, como se mencionó a lo largo de este proveído la encargada del reconocimiento y pago de la misma se encuentra a cargo de la entidad prestadora de salud en donde se encuentra afiliada la usuaria, en este caso la entidad NUEVA EPS, pues de manera arbitraria optó por no reconocerlas, sin aducir el motivo legal válido para ello.

Ahora, si el principal argumento de NUEVA EPS para negar el pago de la licencia de maternidad, corresponde a que el pago de aportes de la accionante se dio de manera tardía, para este Juzgado resulta claro que opera la figura del allanamiento a la mora, pues en esa oportunidad bien pudo la entidad proceder a negarse a recibir ese pago o hacer las acciones pertinentes para en su momento, clarificar lo hoy cuestionado.

Al respecto, sobre el allanamiento a la mora, la H. Corte Constitucional en sentencia T – 200 A de 2018, señaló lo siguiente:

“El allanamiento a la mora es una figura jurídica consistente en que el acreedor, de forma tácita debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, termina por aceptar dichos incumplimientos como normales. Es decir, que el allanamiento a la mora se configura “cuando a pesar de que el pago fue tardío e ininterrumpido, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





reclamación del pago de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas”.

Esta figura ha sido muy defendida por la Corte Constitucional al tutelar derechos fundamentales como los de la salud o la seguridad social, donde puede ocurrir que los empleadores (en caso de trabajador dependiente) no paguen o paguen extemporáneamente los aportes a seguridad social, o que el mismo cotizante como trabajador independiente realice los aportes de forma tardía, de manera que incurra en mora.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sido reiterada en extender la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiendo que si la entidad accionada no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disponibilidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de lo debido.”

Así las cosas, no encuentra el Despacho argumentos suficientes para acceder a lo pretendido por la entidad prestadora de salud, no quedando otro camino que conceder el amparo tutelar deprecado, pues la línea jurisprudencial expuesta en este fallo resulta aplicable al caso sometido, en donde se acreditó que la accionante es persona de escasos recursos y con gran dificultad alcanza a pagar sus gastos básicos, la entidad accionada no controvertió las afirmaciones de la demandante respecto de su situación económica, por ello este Despacho considera que la presente acción de tutela es procedente y debe concederse, aun cuando lo que se pretende es el pago de una licencia de maternidad, pues con la ausencia del dinero correspondiente a la licencia, se ponen en peligro los derechos fundamentales de la accionante y de los integrantes de su núcleo familiar.

Por otra parte, respecto al recobro ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES, es pertinente indicar que el recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud conforme lo dispone el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido, es decir se genera por el ministerio de la ley, siendo la acción de tutela inocua para atender aspectos puramente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que de suyo no deben ser reclamadas por ésta vía *ius fundamental*.

Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital de FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.814.230, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de NUEVA EPS que en el término de las (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia cancele de manera completa -100%- la licencia de maternidad, a favor de la señora Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





**Juzgados de Bucaramanga, pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías**

FARIN DAYANA LÓPEZ HURTADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.814.230. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DESVINCULAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES y a la empresa SOLUCIONES E INGENIERIA IDEAS SOSTENIBLES SAS, al no encontrar grado de responsabilidad alguna dentro del trámite de la presente acción constitucional.

TERCERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recobro -por vía de tutela- de NUEVA E.P.S., ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

CUARTO.- COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**ANGELA JOHANNA CASTELLANOS BARAJAS
JUEZ**

**JUZGADO 016 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE 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: **b3b434fb2efad41d80a54d655a2f68c771e151c88488dbf833bd29149f36ac0a**
Documento generado en 10/06/2021 01:08:43 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**