



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA

Bucaramanga, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO No. 680014105002-2022-00235-00
ACCIONANTE: HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. NIT 901272281-8
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS
VINCULADA: LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a emitir Sentencia de Primera Instancia en lo que en Derecho corresponda dentro de la **Acción de Tutela** radicada la numero 680014105002-2022-000235-00, instaurada por la señora el señor **JAVIER AUGUSTO HERNANDEZ SUAREZ** identificado con C.C. 91.515.936 en calidad de representante legal de la empresa **HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.**, en contra de **SALUD TOTAL EPS**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de la trabajadora **LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO** identificada con C.C. 1.095.910.879 a la SALUD, SEGURIDAD SOCIAL y DIGNIDAD HUMANA.

HECHOS

Manifestó la empresa accionante que la señora **LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO**, trabajadora de la empresa **HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.** desde el 23 de febrero de 2021, se encuentra afiliada a **SALUD TOTAL EPS** desde el 1 de agosto de 2013 a la fecha.

Que la señora **LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO** dio a luz a su hijo el 13 de octubre de 2021, concediéndosele una licencia de maternidad por 126 días, la cual culminó el 15 de febrero de 2022.

La licencia de maternidad fue radicada por la empresa ante **SALUD TOTAL** oportunamente con numero 0305223456 a lo cual la EPS respondió mediante

correo electrónico enviado el 26 de marzo pasado negando la prestación económica debido a pago extemporáneo de planilla #9426687630.

La empresa reconoció que el año pasado debido a la contingencia causada a raíz del COVID-19 pudo haberse atrasado en el pago de aportes a seguridad social de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO, pero nunca se dejó de pagar.

PETICIONES

Tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar a SALUD TOTAL EPS pagar licencia de maternidad ordenada por médico tratante a favor de la LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO, trabajadora de la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.

ACTUACIÓN JUDICIAL

Una vez asumido el trámite se admitió la acción de tutela mediante auto de fecha 30 de abril de 2022, y se ordenó vincular a la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO al presente diligenciamiento para lo de su cargo, corriéndole traslado a las accionadas y vinculadas a fin de que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación se pronunciaran al respecto.

Las accionada SALUD TOTAL EPS emitió pronunciamientos dentro del término dispuesto para ello, en los siguientes términos:

“Queremos informarle que de acuerdo con la fecha de pago para el mes de inicio de la prestación 13 de octubre de 2021, se encontró pago extemporáneo según planilla #9426687630 con fecha de pago 08 de noviembre de 2021 correspondiente al periodo octubre 2021. Teniendo en cuenta lo anterior la afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de la Licencia de Maternidad.

...

Se informa que la negación de pago se realiza porque la cotización del mes de inicio octubre 2021 se realizó posterior a la fecha de nacimiento del menor.

Teniendo en cuenta lo anterior la afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de la Licencia de Maternidad, porque al momento de nacimiento del bebe, su empleador HS SERVICIOS Y ASESORIAS SAS, no se encontraba al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad como lo indica la ley, pues teniendo en cuenta que es directamente ADRES quien reconoce el pago de las Licencias a las EPS, esta no es posible liquidarse con valor. Para el reconocimiento de la licencia protegida y/o empleador debe haber realizado el pago oportuno de las cotizaciones a más tardar el día del nacimiento del menor. Lo anterior, de conformidad con lo señalado en el Decreto 2353 del 03 de Diciembre 2015 artículo 78 cuyo aporte pertinente indica: -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 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 periodo de gestaciones”

CONSIDERACIONES

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

De la legitimación del Juez de Tutela para asumir el conocimiento de las diligencias.

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, 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.

En este evento la queja va dirigida contra SALUD TOTAL EPS y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo 1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra esta entidad, siendo este Despacho competente para resolverla, teniendo en cuenta que todos los Jueces de Tutela somos competentes para conocer de todos los asuntos de amparo que nos sean asignados sin importar el domicilio de las partes.

De la legitimación por activa.

En el presente caso concurre por intermedio de su representante legal la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., a solicitar la defensa de los derechos fundamentales de su trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO a la SALUD, SEGURIDAD SOCIAL y DIGNIDAD HUMANA, ante la falta de pago de su licencia de maternidad, causada a partir del 13 de octubre de 2021, por concepto del nacimiento de su hijo.

Ahora bien, mediante auto de 30 de junio de 2022 este Despacho avoco conocimiento del presente asunto y vinculo al presente diligenciamiento para lo de su cargo a la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO, sin que ésta hubiere descrito traslado de la acción de tutela.

En consecuencia, se tiene para empezar que no se observa una razón válida para que la empresa empleadora actúe en representación de su trabajadora en el presente asunto que nos convoca, dado que no se arguyó ninguna causal que implique algún impedimento de la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO a su propio nombre, y solicitara por sí misma la defensa de sus derechos fundamentales.

Es por esta razón, que no se tendrá a la empresa accionante como facultada por activa para ejercer la defensa de los derechos fundamentales de la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO.

Pese a lo anterior, el Juez de tutela está investido para procurar la defensa tanto de los derechos fundamentales invocados como de los que no se suscite su defensa por la parte accionante; encontrando que en caso concreto según la narración de los hechos se puede palpar una posible afectación al derecho fundamental al DEBIDO PROCESO de la empresa accionante HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. por parte de SALUD TOTAL EPS al haberse negado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO.

En conclusión, en adelante se tendrá a la parte accionante HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. como legitimada para actuar en causa propia para ejercer la defensa únicamente de su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO en contra de SALUD TOTAL EPS, ya que al ser persona jurídica no es sujeto de defensa de derechos fundamentales como SEGURIDAD SOCIAL, SALUD y DIGNIDAD HUMANA.

De la legitimación por pasiva.

La parte pasiva en el presente trámite se encuentra conformada únicamente por SALUD TOTAL EPS como prestadora de los servicios de salud de la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO y por tanto encargada del reconocimiento y pago de prestaciones económicas que se causen a su favor, por lo tanto, se encuentra facultada esta entidad para actuar como parte accionada en el presente caso.

DE LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 del Decreto 2591 de 1991 indica la naturaleza subsidiaria de la acción de Tutela, la cual procede por regla general solo cuando se han agotado los medios legales pertinentes.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en Sentencia C-132 de 2018, con Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ROJAS RIOS:

“El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

(...)

La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).¹

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros

mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Así las cosas, es de aclarar en primer lugar que la acción de tutela no sustituye un trámite ordinario, su única función es procurar la protección de derechos fundamentales, por tanto, el Juez de tutela no es el llamado para dirimir de fondo un conflicto suscitado entre dos o más partes, sino velar que no se afecte a los derechos del accionante.

Por lo tanto, se justifica en este caso que la parte accionante hubiere acudido de forma primigenia a la acción de tutela previo al agotamiento de otras vías disponibles para la obtención de los resultados que espera con este trámite, teniendo en cuenta la posible afectación al derecho fundamental al DEBIDO PROCESO dado que la demora que representa un trámite ordinario podría representar un daño inminente y perjuicio irremediable al mismo, por lo que se debe procurar una defensa inmediata que detenga la afectación siempre que se logre comprobar un actuar contrario y desconocedor de las normativas vigentes por parte de la accionada respecto al asunto que nos convoca, el cual se centra en el reconocimiento y pago de licencia de maternidad en favor de la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO.

DE LA INMEDIATEZ EN LA ACCIÓN DE TUTELA

En Sentencia T-246 de 2015 Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ se analiza el criterio de inmediatez en la acción de tutela determinando lo siguiente:

*La Sentencia **SU-961 de 1999**¹ dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo...*

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto². Finalmente, esa razonabilidad se

¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

² En la Sentencia SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte señaló: “Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado Principio de la Inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad

relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

(...)

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual³.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.

(...)

*Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala Octava concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “...en algunos casos, **seis (6) meses** podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de **2 años** se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁴.*

Pretende la empresa actora por esta vía, el reconocimiento y pago a cargo de SALUD TOTAL EPS y a favor de su empleada ANGIE KATHERINE ALMEIDA BOHORQUEZ de licencia de maternidad causada a partir del 9 de octubre de 2020, tras el nacimiento de su menor hijo; dejando entrever que desde el

imperiosa de protección de los derechos fundamentales (...). El cumplimiento del requisito de la inmediatez le corresponde verificarlo al juez de tutela en cada caso concreto. Dicho operador jurídico debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable. Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante”.

³ Ver sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.

⁴ T-328 de 2010, reiterado en las Sentencias T-860 de 2011, T-217 y T-505 de 2013, entre otras.

momento del parto y hasta el mes de marzo la parte actora ha mostrado un actuar diligente en procura de la obtención del pago de la prestación económica pretendida, lo que implica que parte este Despacho, no han transcurrido mas de 3 meses sin realizar alguna actuación que permita entrever desinterés de la parte actora en lo pretendido a través de esta vía.

Visto lo anterior, queda claro para este fallador que la actora cumple a cabalidad con el criterio de inmediatez al estar vigente la violación a los derechos fundamentales invocados.

SOBRE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

La licencia de maternidad es una prestación económica que pretende sustituir el salario de la madre trabajadora afiliada a salud como cotizante, durante un periodo que acontece después del alumbramiento, en el cual no pueden laborar al requerir cuidados postparto y hacerse cargo del cuidador del menor, quien por su corta edad requiere de su progenitora.

De esta manera, traemos a colación la Sentencia de la Corte Constitucional: T-526 de 2019, con Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RIOS, mediante la cual se define y se hace referencia a la normativa que cobija esta prestación económica, que busca proteger a la madre y al hijo recién nacido:

“Esta prestación cobija 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 jurídico⁵.

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.”*

⁵ Sentencia T- 278 de 2018.

En consonancia con lo anterior, 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.”

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional⁶ ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

⁶ Sentencia T-489 de 2018, T-278 de 2018 y T-368 de 2015 entre otras.

“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”⁷.

(...)

Esta Corporación⁸ 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,

⁷ Sentencia T-503 de 2016.

⁸ Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T- 786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T-862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.

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. (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

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, asentar 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 afiliado⁹.

DEL DEBIDO PROCESO

Ahora bien, en lo referente a la procedibilidad de la acción de Tutela contra actos administrativos, se trae a colación lo señalado en Sentencia T-957 de 2011 con Magistrado Ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO en la cual se expone lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias que surgen en el desarrollo de las actuaciones administrativas, toda vez que la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad.

Sin embargo, excepcionalmente, es posible tramitar conflictos derivados de actuaciones administrativas por vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son ineficaces para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso en particular, evento en el que opera como mecanismo definitivo. Bajo esa orientación se pronunció la Corte en la Sentencia T-830 de 2004¹⁰, en los siguientes términos:

⁹ Sentencia T-529 de 2017.

¹⁰ Este pronunciamiento fue reiterado, entre otras, en las sentencias T-912 de 2006, T-723 de 2008 y T-451 de 2010.

“El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente.”

Aunado a lo anterior, en la citada providencia se define el debido proceso administrativo como *“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”*¹¹. Lo anterior, con el objeto de *“(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”*.¹²

En el marco de las actuaciones que se surten ante la administración, el debido proceso se relaciona directamente con el comportamiento que deben observar todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente definidos por la ley para la creación, modificación o extinción de determinadas situaciones jurídicas de los administrados, como una manera de garantizar los derechos que puedan resultar involucrados por sus decisiones.

Siendo así, este Tribunal ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: (a) el derecho a conocer el inicio de la actuación, (b) a ser oído durante todo el trámite, (c) a ser notificado en debida forma, (d) a que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (e) a que no se presenten dilaciones injustificadas, (f) a gozar de la presunción de inocencia, (g) a ejercer los derechos de defensa y contradicción, (h) a presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria, (i) a que se resuelva en forma motivada la situación planteada, (j) a impugnar la decisión que se adopte y a promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.”

EL CASO CONCRETO

Procede el Juez de Tutela a emitir decisión dentro del presente asunto, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor el señor JAVIER AUGUSTO HERNANDEZ SUAREZ identificado con C.C. 91.515.936 en calidad de representante legal de la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. en contra de SALUD TOTAL EPS.

¹¹ Sentencia T-796 de 2006.

¹² Sentencia T-522 de 1992.

Como se dijo en apartes anteriores, teniendo en cuenta que la empresa accionante no está legitimada para incoar el presente trámite en representación de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO, se tendrá en cuenta que en el presente asunto actúan en defensa de sus propios intereses y se analizará la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso de la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., únicamente, puesto que al ser una persona jurídica no es titular de alegar protección constitucional por derechos fundamentales como son SEGURIDAD SOCIAL, SALUD y DIGNIDAD HUMANA.

Por consiguiente, considera la parte actora que la accionada ha incurrido en una violación a su derecho fundamental puesto que se niega al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO alegando mora para el momento en que se hizo efectivo el pago.

Acepta la accionante que a causa de la contingencia ocasionada por la pandemia COVID-19, la empresa sufrió una crisis económica que le impidió realizar el pago oportuno de aportes a seguridad social de algunos de sus trabajadores el año pasado, pero aunque tardíos, los pagos fueron realizados en su totalidad y por tanto la EPS tiene la obligación de reconocer y pagar la licencia de maternidad a la trabajadora mencionada.

Por su parte la EPS emitió pronunciamiento indicando que la negativa para el reconocimiento y pago de licencia de maternidad a favor de la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO se basó en lo siguiente:

“Queremos informarle que de acuerdo con la fecha de pago para el mes de inicio de la prestación 13 de octubre de 2021, se encontró pago extemporáneo según planilla #9426687630 con fecha de pago 08 de noviembre de 2021 correspondiente al periodo octubre 2021. Teniendo en cuenta lo anterior la afiliada no cumple con los requisitos mínimos para el reconocimiento de la Licencia de Maternidad.

...

Se informa que la negación de pago se realiza porque la cotización del mes de inicio octubre 2021 se realizó posterior a la fecha de nacimiento del menor.”

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.”

En consonancia con lo anterior, 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. (Negrillas fuera de texto original)

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.”

Por consiguiente, al revisar detenidamente la anterior normativa se percibe una interpretación errónea de parte de la SALUD TOTAL EPS, puesto que exponen que la señora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por mora en el pago de aportes a salud por parte del empleador; sin embargo, una vez revisada a detalle la planilla de pagos de aportes a seguridad social descargados por secretaría, se logra percibir que para el momento del parto, esto es 13 de octubre de 2021 no existía ninguna mora de parte del empleador, dado que los aportes en salud de empleados dependientes debe ser pagado mes vencido, lo que implica que la mora en el pago de aportes a salud del mes de octubre en favor de la trabajadora se generó desde los primeros días del mes de noviembre de 2021 y no antes como lo quiere hacer ver la EPS.

Claramente se cumple el requisito de estar al día en los pagos de aportes a salud al momento del parto, razón por la cual a la EPS no le asiste ninguna razón para negarse al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en favor de la afiliada mencionada anteriormente.

Por otro lado, le corresponde a la EPS determinar según los aportes realizados por la trabajadora a salud si la prestación económica de licencia de maternidad debe realizarse de forma proporcional o en su totalidad y realizar la liquidación de la misma de conformidad con la normativa vigente, dado que esto ya es un asunto que no es del resorte del Juez de Tutela.

CONCLUSION

Dicho lo anterior, considera este fallador que SALUD TOTAL EPS vulnero flagrantemente el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO de la parte accionante HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., al negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO sin un sustento legal para ello, y desconociendo los requisitos dispuestos en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 para el reconocimiento y pago de esta prestación económica, los cuales requieren estar al día en el pago de aportes a salud de la trabajadora al momento de parto y **NO** al momento de la reclamación de la prestación.

Así, se tutelaré el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO de la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. y se ordenará a SALUD TOTAL EPS, reconocer y pagar y liquidar dentro del término de dos (02) días, a la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., la licencia de maternidad causada en favor de trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO identificada con C.C. 1.095.910.879 a partir del 13 de octubre de 2021, en la proporción de días y valor que considere pertinente dando aplicación a las normativas vigentes según Decreto 780 del 2016 artículo 2.1.13.1, Artículo 236 C.S.T. y demás concordantes.

Por último, no hay lugar a conceder el amparo constitucional de los demás derechos invocados por la accionante, teniendo en cuenta que las personas jurídicas no son titulares de tales derechos.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO de la parte accionante HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.

SEGUNDO.- ORDENAR a SALUD TOTAL EPS, reconocer, liquidar y pagar dentro del término de dos (02) días, a la empresa HS SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., la licencia de maternidad causada en favor de la trabajadora LUISA FERNANDA SARMIENTO GUERRERO identificada con C.C. 1.095.910.879, a partir del 13 de octubre de 2021, en la proporción de días y valor que considere pertinente dando aplicación a las normativas vigentes según Decreto 780 del 2016 artículo 2.1.13.1, Artículo 236 C.S.T. y demás concordantes.

TERCERO: ADVERTIR a las partes que cuentan con el termino improrrogable de tres (03) días para solicitar impugnación de esta providencia, a partir del recibido de la notificación.

CUARTO: NOTIFICAR Y COMUNICAR a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En firme esta providencia, y si no es impugnada, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El Juez,

CRISTIAN ALEXANDER GARZÓN DÍAZ

Firmado Por:
Cristian Alexander Garzon Diaz
Juez
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 02
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: **83e34ffd7deb7b135104f3e428bc9269b18355e66cd263e7e72dd8db452d3b08**
Documento generado en 15/07/2022 12:10:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>