

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA**

Bucaramanga, diecinueve (19) de febrero de dos mil veintitrés (2.023)

RAD. 680014105003-2024-00052-00

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA promovida por **KARIN TATIANA RODRIGUEZ CACERES** en nombre propio y en representación de su hijo recién nacido **JMOR** contra la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A-NUEVA EPS S.A** vinculada **SOLUTIONS AND SERVICES AU SAS.**

SENTENCIA

**I. ANTECEDENTES
HECHOS Y PRETENSIONES**

KARIN TATIANA RODRIGUEZ CACERES promovió acción de tutela en nombre propio y de su hijo JMOR en procura que se tutelén sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, mínimo vital y derecho a la subsistencia y en consecuencia, se ordene a la accionada autorizar de manera inmediata, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad completa (126 días), que esta sea pagada sobre 2 Salarios Mínimos que ha sido su IBC.

Con tal fin, señaló que se encuentra afiliada a NUEVA EPS S.A hasta la fecha; que durante el periodo de gestación canceló los aportes en salud, aunque de manera no puntual, empero, cancelados mes a mes y sin que la EPS se pronunciara contra estos pagos extemporáneos.

Informó que en la actualidad, recibe atención médica para ella y para su menor hijo sin inconveniente; indicó que su parto se dio el 16 de octubre de 2023, por tanto, adujo que están debidamente acreditados los pagos exigidos por la Ley para poder acceder a su derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Que procedió a reclamar la licencia de maternidad; empero, la accionada no accedió a su pago con el argumento de que en el mes de octubre el pago de salud se realizó el "20", precisó que no resulta acertada la decisión de la accionada señalando: "ya que son 4 meses que no laboro y con lo único que cuento para vivir mi hijo y yo, es el pago de la LICENCIA DE MATERNIDAD", resaltó que no cuenta con ningún otro ingreso económico para su subsistencia y la de bebé.

Citó la sentencia T 526 de 2019 indicando que la EPS no puede negarse al pago cuando no han iniciado el cobro a los empleadores morosos; también precisó que hubo varios meses en que pagaron extemporáneamente, no obstante, resaltó que finalmente fueron pagados antes de que culminara el mes. Indicó que su licencia de maternidad corresponde a 126 días.

Precisó que en su caso procede el pago de la licencia como quiera que la accionante cotizó al SGSS durante ocho meses de su gestación, solo dejando de cancelar uno de los nueve meses, afectando su mínimo vital.

2. REPLICA

2.1. NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A-NUEVA EPS S.A.

Al descender traslado manifestó que la accionante se encuentra en estado activa en el régimen contributivo como cotizante dependiente; citó el artículo 86 Constitucional y en este sentido, los requisitos de la acción de tutela; en cuanto al pago de la licencia de maternidad pretendida, indicó que el empleador aportante se encuentra vinculado al trámite de tutela; resaltó que la accionante para la fecha en que se causó la licencia y para este momento, se encuentra cotizando como dependiente, pues el aportante es SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S, en tanto, indicó que en primera medida, el reconocimiento económico se encuentra en cabeza de su empleador en aras de salvaguardar su derecho al mínimo vital y este tendrá otros medios para solicitar el recobro ante la EPS como lo es la jurisdicción laboral.

Que corresponde al empleador, seguir pagando a la trabajadora en licencia de maternidad el salario que normalmente venía cobrando, en las fechas regulares, al respecto trajo a colación el artículo 236 del CST.

Precisó que según lo dispuesto por la Corte Constitucional, la licencia de maternidad es una de las manifestaciones mas relevantes de protección según la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que le otorgan a la mujer trabajadora; seguido citó el artículo 43 Constitucional.

Señaló que la licencia de maternidad deriva “una doble e integral protección”, por cuanto cubre a las madres e hijos, aunado, a que esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a remplazar los ingresos que percibía la madre a fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

Manifestó que el empleador debe reconocer la licencia de maternidad, al respecto adujo que la jurisprudencia constitucional señaló “(...) Ahora bien, para la Sala la actuación del empleador es legalmente reprochable pues desconoce que, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica. De esta manera, si bien es cierto que existió un debate sobre el cumplimiento del requisito mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad del accionante, también lo es que dicho debate debió surtirse entre el empleador y la EPS respectiva, pues el trámite de reclamación del derecho no está a cargo del trabajador.”

Referenció el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 referente al deber del empleador en el pago de la incapacidad o licencia y el artículo 2.2.3.2.1 previsto en el Decreto 1427 de 202210 incorporado en el Decreto 780 de 2016.

Que cualquier debate debe surtirse entre el empleador y NUEVA EPS SA, pues el trámite de reclamación del derecho no está a cargo del trabajador y cualquier discrepancia que surja, el empleador debe acudir ante la jurisdicción ordinaria para que sea el Juez competente quien dirima la controversia; resaltó que tratándose de un proceso caracterizado por inmediatez y subsidiariedad, no resulta factible reconocer derechos que deban ser de conocimiento del Juez ordinario a través de los mecanismos establecidos para ello, escenario idóneo para llevar un debate probatorio adecuado; indicó que su entidad considera que la actora cuenta con otro medio judicial para sus pretensiones conforme al artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 como lo es la jurisdicción ordinaria, en tanto, resaltó la improcedencia de la acción de tutela.

Solicitó que, en caso de acceder a ordenar el reconocimiento de la licencia de maternidad, se ordene de forma proporcional al periodo cotizado, pues, la usuaria no cotizó durante todo el periodo de gestación.

Con posterioridad, NUEVA EPS S.A allegó memorial de alcance a la respuesta, en el que informó que la licencia de maternidad en favor de la accionante, fue autorizada para pago el día 12 de febrero de 2024 por un valor de \$8.352.072, el cual sería desembolsado a la siguiente cuenta:

Entidad bancaria: COLPATRIA RED MULTIBANCA
Tipo de cuenta: AHORROS
Número de cuenta: 392031482
Beneficiario: SOLUTIONS AND SERVICES AU SAS NT. 901459922

Resaltó lo siguiente **“la licencia se reconoce de manera proporcional por 108 días, ya que presento 240 días de cotización frente a 280 días de gestación, bajo el aportante NT. 901459922 – IBC \$ 2.320.000”**. Por lo anterior aludió la configuración del fenómeno de “hecho superado”.

2.3. SOLUTIONS AND SERVICES AU SAS.

Dejó vencer el término de la acción de tutela en silencio.

3. CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer del presente asunto, tal como lo señala el art. 1 del Decreto 1382 de 2000 y el art. 37 del Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, constituye un procedimiento preferente de naturaleza residual y subsidiario cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando se ven amenazados por las autoridades o particulares ya sea con sus actuaciones u omisiones, sin que se esté dispuesta para suplir el Ordenamiento Jurídico, puede ser invocado cuando no se cuente con otro mecanismo para el ejercicio de su defensa o cuando el medio judicial alternativo es claramente ineficaz para la defensa de los mismos, siendo en éste caso, un mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable¹.

En el caso concreto, el promotora de esta acción de tutela pretende se tutele sus derechos fundamentales a la la seguridad social, salud, vida en condiciones dignas, mínimo vital y derecho a la subsistencia y en consecuencia, se ordene a la accionada autorizar de manera inmediata, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad completa (126 días) sobre 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

Sentado lo anterior, previo a iniciar el estudio que corresponde, señala el Despacho que se encuentran satisfechos los requisitos de legitimación en la causa tanto por pasiva como por activa y el de inmediatez, tal y como pasa a verse.

En lo que respecta a la legitimación en la causa, debe señalarse que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, o de manera excepcional por otra persona que actúe en su nombre, bien sea como apoderado judicial del afectado, o de conformidad con el Artículo 10 del Decreto 2591, en ejercicio de la agencia oficiosa.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la formas de acreditar la legitimación en la causa por activa en los procesos de amparo, son las siguientes: (i) la del ejercicio directo de la acción, (ii) la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) la de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo), y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso.

Sobre el principio de inmediatez, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de señalar que éste constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela que permite cumplir con el propósito de la protección inmediata y

¹ Sentencia T-046 de 2019

por tanto efectiva de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten afectados por la acción u omisión de autoridades públicas o de los particulares en los eventos establecidos en la Ley, precisando que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, pues solo arroja tal resultado la tardanza que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable.

Así mismo, debe señalarse que el requisito de inmediatez, exige que el ejercicio de la acción de tutela debe ser oportuno, es decir, dentro de un término y plazo razonable, pues la acción de tutela, por su naturaleza propia, busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, de lo que deviene lógico que la petición debe ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales. (Sentencia T-327 de 2015).

Resultado de lo precedente, en cuanto a la legitimación en la causa por activa, debe indicarse que KARIN TATIANA RODRIGUEZ CACERES está facultada plenamente para incoar la presente acción constitucional, pues, bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la presentación del amparo constitucional, alude que la entidad accionada están vulnerando sus derechos fundamentales, aunado a que se encuentra acreditado con las pruebas documentales arrojadas que la actora es la titular de la prestación económica relativa a la licencia de maternidad reclamada; igualmente se acredita la legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la enjuiciada, dado que es a ésta a quien se le imputa la vulneración antes anotada; a saber, NUEVA EPS S.A, aceptó la afiliación de la accionante al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo como cotizante dependiente, afiliación que se corrobora con la consulta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES que realizare el Despacho.

En lo relacionado al requisito de inmediatez de la acción de tutela, en Sentencia T-278 de 2018, que a su vez reitera el criterio planteado en la T-368 de 2009, la Corte ratificó que en materia de maternidad, se considera cumplido el requisito en mención, cuando se instaura la acción dentro del año siguiente al nacimiento del menor, hecho que el presente caso se cumple a cabalidad en razón a que la licencia de maternidad fue concedida a partir del mes de octubre de 2023.

De otro lado, en cuanto a la subsidiariedad, debe indicarse que para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico Colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo éste, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad la Corte Constitucional ha manifestado que *“el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”*²

De esta manera, en el marco del principio de subsidiariedad, es dable afirmar que *“la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”*.

Así en sentencia T-503 de 2016, la Corte Constitucional, señaló:

6.1. *“En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable.*

² Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño)

De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

6.2. Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida.

6.3. En los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos.

6.4. Así mismo, la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención.

6.5. Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela, más aún cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.

Dicho lo anterior, y en atención que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital, en sentencia T-503 de 2.016, la Corte Constitucional, expuso:

“(...) 4. Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La evolución de la jurisprudencia constitucional [30], ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.

4.1.6. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar. (...)”

Ahora, en referencia a la inmediatez de la acción de tutela, en sentencia T-278 de 2018 que a su vez reitera el criterio planteado en la T-368 de 2009, la Corte reiteró que en materia de maternidad, se considera cumplido el requisito cuando se instaura la acción dentro del año siguiente al nacimiento del menor, hecho que el presente caso se cumple a cabalidad en razón a que la licencia de maternidad fue concedida a partir del 16 de octubre 2023 y la acción de tutela fue radicada el pasado 06 de febrero de 2024.

Ahora, en cuanto al reconocimiento de la licencia de maternidad resulta preciso señalar que la ley 1468 de 2011 modificó varios aspectos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo sobre la Licencia de Maternidad, relacionados con el inicio de la licencia, reconocimiento de la licencia de maternidad en caso de aborto o parto prematuro no viable, licencia para la madre o padre adoptante y demás directrices para el reconocimiento de la licencia de maternidad en consideración a la situación particular del parto y otras eventualidades.

Así mismo, el Artículo 121 del Decreto 019 de 2012 dispone:

*“ARTÍCULO 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**” (Negrilla del Despacho)*

Ahora, sobre el particular el Artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, a su vez compilado en el en el **Artículo 2.1.13.1** del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 dispuso:

“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.”

De igual manera, el Decreto 1427 de 2022 en su artículo 2.2.3.2.1 estableció las condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, norma que en su tenor literal reza:

“Artículo 2.2.3.2.1 Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.
2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.

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.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un periodo inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al número de días cotizados frente al periodo real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.” Como se puede observar, el empleador en el caso de trabajadora dependiente o el de trabajadora independiente solo tendrá derecho a solicitar el reembolso o pago de la licencia de maternidad, si al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentra cumpliendo con todas estas exigencias reglamentarias.

Pero como si ello no fuese suficiente, necesario también resulta, para estos efectos legales que se cumpla con el requerimiento contenido en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, cuyo tenor literal es así:

"Licencias por Maternidad: para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando existe relación laboral y se cotice un periodo inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

En resumen, para que una EPS asuma el pago de la licencia de maternidad, es necesario que el empleador o el trabajador independiente, además de lo anterior, coticen de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación; empero no podemos pasar por alto que frente a esta disposición reglamentaria la Corte Constitucional con el propósito de salvaguardar estos derechos, y teniendo en cuenta la importancia y especial protección que en la Carta Política de 1991 se le dio a la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 42 C.N.), a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 C.N.) y a los niños (artículo 44 C.N.), como máximo organismo garante de la Constitución, a lo largo de su existencia ha procurado por medio de su jurisprudencia el acatamiento a estos mandatos superiores, desarrollando entre otros temas, el allanamiento a la mora y las cotizaciones ininterrumpidas en materia de licencia de maternidad.

Respecto al allanamiento a la mora, anotó nuestro máximo Tribunal Constitucional desde la sentencia T-559 de 2005³:

"... La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada, que el reconocimiento del auxilio por maternidad por parte de la Empresa Promotora de Salud (E.P.S) depende del cumplimiento en el pago de los aportes que el empleador haya efectuado, por lo que si el empleador no ha cancelado las cotizaciones correspondientes deberá asumir personalmente el pago de la licencia y quedará exenta la E.P.S. de dicha obligación.

Con relación al régimen de seguridad social en salud y las obligaciones de los empleadores dentro del mismo, la Corte Constitucional ha sostenido:

"Las obligaciones legales de los empleadores respecto de este punto pueden sintetizarse en: inscribir a sus empleados en una empresa promotora de salud, pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores y girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la E.P.S. (Art. 161 Ley 100 de 1993)".

*Cuando el empleador omite uno de estos deberes, en principio, tiene la obligación de asumir los costos de la seguridad social, y la entidad promotora de salud a su turno, tendrá derecho a esquivar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado a satisfacer las prestaciones pactadas (Arts. 79, 80, 81 del Decreto 806 de 1998; art. 1609 del Código Civil)."*⁴(subraya fuera de texto).

Sin embargo, esta Corporación también ha establecido que si los pagos realizados por el empleador fueron extemporáneos y la E.P.S. aceptó la mora, es decir, no alegó al momento

³ Sentencia T-559 del 26 de mayo de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sentencia T-271 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería

del pago del aporte esa situación, ésta última no puede argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”⁵

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T-503 de 2016 recordó que el mecanismo constitucional no es el instrumento para el reclamo de derechos prestacionales porque los mismos deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios; sin embargo, adoctrinó que en el evento en que la falta del reconocimiento vulnera un derecho fundamental procederá el amparo para evitar un perjuicio irremediable y en tal sentido, en lo que al pago de licencia de maternidad atañe estableció los requisitos para su procedencia, indicando:

“(...) De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

- (i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento;*
- (ii) y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. (...)”*

(...)”

Así mismo, esta Corporación sostuvo⁶ que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: “*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*”. En cuanto a este último aspecto, señaló 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*”.

Descendiendo al caso de autos se tiene que se encuentra acreditado documentalmente según el PDF 003 pagina 13 del escrito tutelar, **que se otorgó licencia de maternidad desde el 16 de octubre de 2023 hasta el 18 de febrero de 2023** a la señora RODRIGUEZ CACERES con ocasión del nacimiento de la menor J.M.O.R, de lo anterior, puede deducirse que el periodo de gestación tuvo ocurrencia dentro de los 9 meses anteriores, es decir, desde **febrero de 2023**, igualmente, se encuentra acreditado, conforme a las planillas de aportes en línea adjuntas a la tutela, que por medio del empleador SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S aquí vinculado, se realizaron los aportes a seguridad social a salud en favor de la promotora de la acción, así:

APORTANTE	FECHA DE PAGO	PERIODO DE PAGO
SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S	7/09/2023	2023-FEBRERO
	7/09/2023	2023-MARZO
	10/04/2023	2023-ABRIL
	8/05/2023	2023-MAYO
	20/06/2023	2023-JUNIO
	7/07/2023	2023-JULIO
	22/08/2023	2023-AGOSTO
	8/09/2023	2023- SEPTIEMBRE
	20/10/2023	2023-OCTUBRE

Ahora bien, aduce la accionante que la EPS llamada a juicio niega la licencia de maternidad bajo el argumento que, en octubre se realizó el pago extemporáneo, pues este se hizo el 20 del mismo mes, al respecto aportó documental de la que se extrae:

⁵ Las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002(MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁶ Sentencia T-278 de 2018.

Respuesta Respetado(a) señor(a): Reciba un cordial saludo en nombre de NUEVA EPS S.A. Agradecemos su confianza al exponemos sus inquietudes. En respuesta a su comunicación, le informamos que el aporte correspondiente al periodo de Octubre de 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora. ESTADO DE APORTES Mes de cotización: Octubre 2023 Fecha Limite de Pago: 06/10/2023 Fecha de pago: 20/10/2023 N° de planilla: 66494133 Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 9720010 a nombre de la afiliada Karin Tatiana Rodríguez Cáceres identificada con número de cédula 1044394377, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de Julio de 2022, el cual establece lo siguiente: "... 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..." Es adecuado mencionar que mediante

En lo relativo al dicho de la actora, advierte el Despacho que nada manifestó NUEVA EPS S.A, pues ésta, no fundó su defensa en el pago extemporáneo que manifestó a la accionante para negar la prestación económica, conforme se evidencia del anterior documental; no obstante, según lo señalado por la señora RODRIGUEZ CACERES, es imperioso traer a colación lo dispuesto por el **DECRETO 1990 DE 2016**, por medio del cual se fijan plazos y condiciones para la autoliquidación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales, respectivamente prevé:

"Artículo 3.2.2.1. Plazos para la autoliquidación y el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Aportes Para fiscales. Todos los aportantes a los Sistemas de Salud, Pensiones y Riesgos Laborales del Sistema de Seguridad Social Integral, así como aquellos a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje -SENA, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y de las Cajas de Compensación Familiar, efectuarán sus aportes utilizando la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA, bien sea en su modalidad electrónica o asistida, a más tardar en las fechas que se indican a continuación":

Día hábil	Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación
2°	00 al 07
3°	08 al 14
4°	15 al 21
5°	22 al 28
6°	29 al 35
7°	36 al 42
8°	43 al 49
9°	50 al 56
10°	57 al 63
11°	64 al 69
12°	70 al 75
13°	76 al 81
14°	82 al 87
15°	88 al 93
16°	94 al 99

Conforme lo anterior, resaltándose que el Nit del empleador **SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S** es **901459922**, este termina **22**, en aplicación de la norma en cita, contaba el empleador aquí vinculado para realizar el aporte al Sistema General de Seguridad Social hasta el día 5 hábil de cada mes, de este modo, resulta claro todos los aportes al sistema para efectos de salud en favor de la trabajadora, fueron realizados de manera extemporánea por el empleador, lo que se dirige a que la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A-NUEVA EPS S.A se allanó a la mora respecto de estos, pues no obra documental alguna en el que hubiere realizado gestiones de cobro a fin de evitar el referido allanamiento, por lo que se advierte que NUEVA EPS S.A recibió sin descenso alguno el pago de los aportes de manera tardía, en tanto, no podría negarse por esta causal al reconocimiento directo de la licencia de maternidad en favor de la señora RODRIGUEZ CACERES.

No obstante, no debe omitir esta operada judicial, que el fundamento de la defensa por parte de NUEVA EPS S.A en acceder a la prestación económica solicitada por la tutelante, se funda en que inicialmente, corresponde al empleador su pago, al respecto, no puede pasarse por alto, que la señora KARIN TATIANA RODRIGUEZ CACERES ostenta la calidad de trabajadora dependiente, por lo que, con fundamento en las antes citadas previsiones normativas y jurisprudenciales, no es de su carga el trámite y reconocimiento de la licencia de maternidad aquí pretendida, pues este debe ser adelantado inicialmente por el empleador ante las Entidades Promotoras de Salud-EPS⁷.

Aunado a lo anterior, si bien, bajo respuesta posterior denominada como “alcance” NUEVA EPS S.A indicó que por parte del área técnica de prestaciones se emitió concepto en el caso de la accionante, en el cual se autorizó el pago de la licencia de maternidad para el 12 de febrero de 2024 para ser consignada al empleador SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S; resaltó la enjuiciada que la licencia sería reconocida de manera proporcional por 108 días ya que **“presentó 240 días de cotización frente a 280 días frente a 280 días de gestación bajo el aportante 901459922 – IBC \$ 2.320.000”**, por lo que el Despacho procedió a requerir NUEVA EPS S.A para que remitiera el documento soporte en que se evidenciara el valor que manifestó canceló por concepto de licencia de maternidad el 12 de febrero de 2024 a la tutelante; en el mismo proveído, se requirió a la vinculada SOLUTIONS AND SERVICES AU SAS para que informara si recibió pago por concepto de licencia de maternidad en favor de la señora RODRIGUEZ CACERES, a su vez se solicitó a la accionante que informara si en la actualidad está vinculada como trabajadora de dependiente de la empresa vinculada e informara si recibió algún dinero por concepto de la prestación económica de maternidad pretendida; empero, venció en silencio el término concedido, sin que los requeridos hubieren efectuado pronunciamiento alguno relativo a este requerimiento.

Desde tal perspectiva, ha de señalar el Despacho que si bien, la controversia que se genera en cuanto a la procedencia del pago de la licencia de maternidad, según lo ha sostenido la jurisprudencia Constitucional hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, lo cierto, es que como se evidencia en constancia secretarial que obra al expediente, por secretaria se entabló comunicación al número informado por la actora en el escrito de tutela y, atendió la llamada el señor “ALVARO” quien manifestó ser su cónyuge e informó que la señora RODRIGUEZ CACERES se encuentra vinculada como trabajadora de SOLUTIONS AND SERVICES AU S.A.S, por lo que, resalta este Estrado Judicial que a la fecha, la trabajadora se encuentra percibiendo su salario a fin de salvaguardar su mínimo vital y el del menor hijo JMOR.

Aunado a dicho, resulta evidente el disenso de las partes relativo a los días por los que debe ser reconocida la licencia de maternidad, habida consideración que, la señora RODRIGUEZ CACERES manifiesta que se debe tener en cuenta 126 días y la pasiva arguye que reconoce la misma de manera proporcional por 108 días con ocasión de las cotizaciones realizadas, por tanto, considera esta Célula Judicial, que la presente controversia, puesta ante el Juez Constitucional no puede ser definida a través del mecanismo residual y subsidiario de la acción de tutela, puesto que no se cuenta con los elementos necesarios para entrar a establecer asuntos como los regulados en el Artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, antes enunciado, relacionado con los parámetros legales para que proceda el pago proporcional o total de la misma, pues ello, depende incluso de la calidad de la afiliada como trabajadora, esto es, dependiente o independiente; el pago tardío o insuficiente de los aportes, situación ésta última expuesta por la pasiva.

Estos aspectos ineludiblemente deben ser dirimidos a través de las vías ordinarias establecidas por el Legislador, luego del agotamiento del debate probatorio en el que cada una de las partes aporte los elementos de prueba para acreditar su dicho y de cuyo estudio

⁷ 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

el Juez competente a la luz de la normatividad vigente defina la viabilidad de la prestación económica que se reclama y de ser así, en qué actor o sujeto de la relación jurídica radica su reconocimiento de acuerdo a las normas que regulan la materia o el monto de la misma, máxime si se tiene en cuenta que incluso existe controversia en cuanto al pago efectivo de la prestación, esto es, si se efectuó o no (archivo 014).

No desconoce esta célula judicial, los criterios jurisprudenciales antedichos conforme a los cuales se habilita por vía de tutela el reconocimiento excepcional de prestaciones económicas y especialmente de la licencia de maternidad; sin embargo, atendiendo a que, en el caso de marras, no se allana el escrito tutelar al requisito de la subsidiariedad, habida consideración que la mera manifestación de la actora no acredita la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a exonerarla de acudir ante las autoridades ordinarias para efectos de definir el derecho que reclama, tales como la Superintendencia Nacional de Salud o el Juez Ordinario Laboral, razón por la que el Despacho habrá de declarar la improcedencia del amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado **Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes, de conformidad con lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVÍESE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y en caso de no ser selecciona **ARCHÍVESE** previa las anotaciones secretariales del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LENIX YADIRA PLATA LIEVANO
JUEZ