

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE
DUITAMA**
PALACIO DE JUSTICIA
CARRERA 15 N° 15-23 OFICINA: 203 PISO 2
Email: jo3pmpalguiduitama@cendojramajudicial.gov.co



SENTENCIA TUTELA No. 0051

Duitama, 08 de septiembre de 2023

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA

RAD. TYBA	1	5	2	3	8	4	0	8	8	0	0	3	2	0	2	3	0	0	5	5
	Dpto.		Municipio			Entidad		Unidad Receptora			Año			Consecutivo						

Radicación interna: 152384088003202300321-00

Accionantes: LAURA CAMILA CUERVO DELGADO y su hija recién nacida C.B.M.C

Accionada: SANITAS EPS

Vinculada (s): 1. NOE DALBERTO CORREA RAMIREZ
2. ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–
3. SUPERINTENDENCIA DE SALUD

ASUNTO POR TRATAR

Procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora LAURA CAMILA CUERVO DELGADO, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo recién nacida C.B.M.C. contra SANITAS EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna.

HECHOS QUE MOTIVAN EL AMPARO

Como fundamento fáctico expone la accionante lo siguiente:

- (i) Manifiesta que es cotizante del Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de dependiente, cuya entidad promotora es SANITAS.
- (ii) Alude que quedo en estado de embarazo, dando a luz el día 18 de marzo de 2023, procediendo a realizar, junto con su empleador, una reclamación de la licencia de maternidad, tal y como esta previsto en el artículo 236 del C.S.T., recibiendo una respuesta negativa el día 10 de mayo, siendo reiterada el día 30 de mayo de año en curso, cuyo argumento es que el empleador no canceló a tiempo la cotización a salud, en el mes que salía a gozar de su licencia de maternidad, debiendo consignarse el día 7 de marzo y no el 22 de marzo de 2023. Aporte tardío que fue recibido por parte de la accionada, allanándose a la mora en la que supuestamente se había incurrido.
- (iii) Agrega que el 30 de mayo de 2023, junto con su empleador, elevaron una petición a la Superintendencia de Salud, poniendo en conocimiento las solicitudes elevadas ante SANITAS EPS y las respuestas negativas obtenidas.

Requerimiento que no logró su objetivo, el cual era obtener una respuesta de fondo y no que se obtenga otra respuesta negativa por parte de SANITAS EPS.

- (iv) Añade que su empleador pagó todos los aportes a seguridad social durante los nueve meses de gestación, incluyendo el porcentaje que le corresponde al trabajador, esto en razón a que la accionada no ha accedido al pago de la licencia de maternidad que en derecho le corresponde, la cual consta de 18 semanas o 126 días.
- (v) Menciona que, no cuenta con los medios de subsistencia, en razón a que solo cuenta con su trabajo, siendo madre cabeza de familia ha tenido que recurrir a prestamos para sufragar los gastos personales y de su hijo recién nacido.
- (vi) Señala que es testigo de que su empleador, en calidad de persona natural y luego de la crisis económica derivada de la pandemia, no cuenta con los medios para cancelar la licencia de maternidad, obligación que le corresponde a la EPS SANITAS.
- (vii) Por último, expone que el no pago de la licencia de maternidad, ha generado una afectación a su derecho al mínimo vital y su hijo recién nacido, ya que su sueldo es el único sustento.

PETICIÓN

En consecuencia, la promotora solicita:

1. Proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, y la vida digna, de la accionante y de su menor hijo, los cuales se encuentran vulnerados por la EPS SANITAS.
2. Se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de los 126 días correspondientes a la licencia de maternidad, de conformidad con el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo y la Seguridad Social.

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, mediante providencia del 29 de agosto de 2023, este despacho judicial admitió el presente amparo constitucional, vinculando de manera oficiosa al Noe Dalberto Correa Ramírez, en su calidad de empleador, la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –Adres– y la Superintendencia de Salud, se ordenó notificar y correr traslado a la accionada y vinculadas, para que en un término improrrogable de 2 días contados a partir del recibo de la comunicación, se sirvieran dar respuesta y allegar las pruebas que consideren pertinentes.

Contestación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-

- (i) El 31 de agosto de 2023, la ADRES a través de apoderado judicial, argumentando que: para el caso en concreto, menciona que la presente acción constitucional se torna improcedente, por no cumplirse el requisito de subsidiariedad e inmediatez, de igual forma por tratarse de controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos de índole económicos y no de carácter constitucional.
- (ii) Agrega que la accionante no justifica o explica de que forma se le esta vulnerando el derecho al mínimo vital por el no pago de licencia de maternidad,

es decir, no acredita el perjuicio irremediable.

- (iii) Menciona que en relación con el allanamiento a la mora, describe la tutelante, que se cancelo la totalidad de las cotizaciones y que la EPS no realizó ninguna gestión, sobre ese tópico no existe prueba alguna que se haya aportado con el escrito de tutela.
- (iv) Alude que la ADRES carece de legitimidad por pasiva, en razón a que la gestión de la licencia de maternidad le corresponde a la EPS - EOC en el marco de su función de aseguramiento en salud.
- (v) Por último, peticiona declarar la improcedencia del amparo por no satisfacerse los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela. De igual forma se declare la falta de legitimación por pasiva de la ADRES, en consecuencia sea negada las pretensiones incoadas por la actora en lo que tiene que ver con la entidad y sea desvinculada de la acción constitucional.

Contestación de Noe Dalberto Correa Ramírez, en calidad de empleador

- (i) El día 31 de agosto de 2023, actuando en nombre propio, argumenta que la accionante cotiza al Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de dependiente, cuya entidad promotora es SANITAS.
- (ii) Agrega que tuvo conocimiento que el día 18 de marzo de 2023, la actora comenzó a disfrutar de su licencia de maternidad, tal y como consta en historia clínica. Elevándose solicitud a la EPS accionada, para el reconocimiento de la licenciade maternidad, sin embargo la misma fue negada.
- (iii) Manifiesta que ante la respuesta negativa de la EPS, se instauró una petición a la Superintendencia de Salud, solicitando el seguimiento de la respuesta emitida por la entidad tutelada, sin que se obtenga una optima respuesta.
- (iv) Alude que realizó los pagos de los aportes al Sistema de Seguridad Social de su trabajadora antes durante y después de embarazó, sin que hasta la fecha la EPS accionada haya pagado su licencia de maternidad. Debido a esto ha realizado varias reclamaciones para el reconocimiento de este derecho, recibiendo respuestas negativas, justificando que el pago a la de la Seguridad Social debía realizarse el día 7 de marzo y no el 22 de marzo, por tal razón perdía este derecho, afectando la calidad de vida de la accionante y más cuando es el único ingreso económico con el que cuenta.
- (v) Aclara que en el momento que realizó el pago de todos los aportes, esto es el 22 de marzo de 2023, la EPS nunca se pronunció al respecto. Mora que no debe afectar los derechos con los que cuenta la señora Laura Camila Cuervo Delgado.
- (vi) Menciona que desde la pandemia del año 2020, entro en crisis económica, disminuyendo sus ingresos, teniendo que adoptar un plan de reorganización empresarial para no declararse en insolvencia, por tal motivo no cuenta con los recursos para pagar la licencia de maternidad de su colaboradora, pero que aun así le ha ayudado a su trabajadora, en la medida que le ha sido posible.
- (vii) Por último, peticiona que se acoja la medida de protección constitucional instaurada por la señora Laura Camila Cuervo Delgado y su menor hijo contra SANITAS EPS.

Contestación de la EPS SANITAS

- (i) El día 6 de septiembre de 2023, el director de la oficina de la EPS en mención, argumenta que la accionada se encuentra afiliada al sistema de salud a través de la EPS SANITAS, en calidad de dependiente – activa- teniendo como empleador el señor Noe Dalberto Correa Ramírez con c.c. 74.376.228.
- (ii) Menciona que el empleador realizó la cotización el día 22 de marzo, es decir, hasta ese día generó el aporte de inicio de licencia de maternidad, constituyéndose 17 días tarde a su fecha límite de pago, siendo extemporánea. Aclarando que según la tabla descrita en el decreto 1990 de 2016, los días hábiles de cotización se realiza de acuerdo con los dos últimos dígitos del número de cedula del empleador, que para el caso serían “28”, debiendo cancelar en los 5 primeros días hábiles de cada mes, en este caso el 5 de marzo de 2023.
- (iii) Agregando que al realizarse el aporte extemporáneo y aun cuando se pague la mora, no se autorizará el reconocimiento económico, debido a lo ya expuesto anteriormente, debía realizarse la cotización el 5 de marzo y no 17 días después, que así lo establece el artículo 2.2.3.2.1. del capítulo 2 del Decreto 780 de 2016, en concordancia con el artículo 121 de la Ley 019 de 2012.
- (iv) Por lo anterior, manifiesta que se liquidó la licencia de maternidad en cero, cumpliendo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022 y el artículo 2.1.13.1. del Decreto 780 de 2016.
- (v) Por otro lado, menciona que la obligación del pago de la licencia de la maternidad se encuentra a cargo del empleador, quien en el presente caso fue quien omitió el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo tanto debe dársele esa orden es al contratante, dado que es el primer responsable, debiendo este continuar cancelándole el salario a la accionante.
- (vi) Alude que para el reconocimiento de la licencia de maternidad se debe tener en cuenta lo estipulado en los artículos 2.1.13.1 y el 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, estos en concordancia con el artículo 236 del C.S.T. y frente a la proporción, se debe tener en cuenta el artículo 78 del decreto 2353 de 2015.
- (vii) Por último, peticiona que:

Principales:

1. “Se NIEGUE por IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela instaurada por LAURA CAMILA CUERVO DELGADO.
2. Se ORDENE al empleador NOE DALBERTO CORREA RAMIREZ con CC 74376228, el pago de la licencia de maternidad LAURA CAMILA CUERVO DELGADO, dado que es el primer responsable del pago de la licencia de maternidad.
3. Se VINCULE a la ADRES, a fin de que informen si la licencia de maternidad de LAURA CAMILA CUERVO DELGADO.
4. Si aun con el pago extemporáneo de NOE DALBERTO CORREA RAMIREZ con CC 74376228, ¿la licencia de maternidad es compensable generada por LAURA CAMILA CUERVO DELGADO, se informe que si ¿en caso de que la EPS la cancele, el valor podría ser recobrado a la ADRES?
5. Se inste a LAURA CAMILA CUERVO DELGADO, a no interponer nuevas acciones de tutela relacionadas con los mismos hechos y pretensiones.

Subsidiarias:

1. No sea desvinculada a la ADRES.

2. *Se conmine a la ADRES para que reconozca y pague a la EPS los valores asumidos y pagados por esta licencia, Ya que es la ADRES quien afirman en una socialización que fue el ministerio quien puso esa regla de la validación del decreto 1427, y en caso de que la EPS pague la licencia y en la validación de ellos no cumpla con lo requerido sobre el mismo decreto (1427 de 2022) ellos se abstienen de realizar la respectiva compensación”.*

Contestación de la Superintendencia Nacional de Salud – Supersalud - no emitió pronunciamiento.

SÍNTESIS DEL RECAUDO PROBATORIO

ACCIONANTE:

Documentales:

1. Escrito de la Acción de Tutela y anexos

ACCIONADA: EPS CAJACOPI S.A.S

Documentales:

1. Respuesta de la acción de tutela y anexos

VINCULADAS:

1. Respuesta Noe Dalberto Correa Ramírez, en calidad de empleador
2. Respuesta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-
3. Respuesta de la EPS SANITAS

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

La Acción de Tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución vigente a partir de 1991, la cual trata de un mecanismo judicial, que garantiza a toda persona la protección inmediata de sus Derechos Fundamentales, que fue reglamentado por los Decretos 2591/91, 306/92 y 1382/00, señalando con claridad, porqué y para qué, pueden los ciudadanos valerse de este nuevo mecanismo específico, directo y subsidiario.

Legitimación por Activa: De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política “*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 estableció que la acción de tutela podrá ejercerse (i) en nombre propio o a través de representante; (ii) mediante apoderado debidamente facultado; (iii) a través de agente oficioso, cuando el titular del derecho no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; y (iv) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales¹ (subrayado por fuera del texto). En el presente asunto el amparo constitucional se instauró por la señora Laura Camila Cuervo Delgado, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo recién nacida C.B.M.C., invocando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna.

Legitimación por Pasiva: De conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se dirigirá contra la autoridad o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental². En el presente caso se

¹ Sentencia T-038/22, Expediente T-8.092.410, 8 de febrero de 2022. M.P. Alejandro Linares Cantillo

² Ibidem

encuentra debidamente identificado como accionada la EPS SANITAS, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante, como dependiente, en un estado activo tal y como quedo comprobado con las pruebas aportadas en el escrito de tutela y con la respuesta allegada por pasiva.

Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela podrá interponerse “*en todo momento y lugar*”. Por esta razón, no es posible establecer un término de caducidad específico para presentar esta acción. Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que el requisito de inmediatez exige que la solicitud de amparo se presente en un término “*razonable*” respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Esto, dado que “*de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales*” (Sentencia T-045/22). Dentro del presente asunto se tiene que la tutelante solicita el reconocimiento de la licencia de maternidad, derecho que inicio el día 18 de marzo de 2023, una vez nació su hijo, y de la cual por mandato de la ley dura 18 semanas. Razón por la que el despacho infiere que el presente amparo fue presentado dentro del término razonable respecto del momento en que se causó la presunta vulneración de los derechos fundamentales implorados, cumplido se así este requisito.

Subsidiariedad: El artículo 86 del Texto Superior sujeta la procedencia de la acción de tutela al requisito de subsidiariedad, el cual autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, (ii) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del derecho; o cuando, a pesar de brindar un remedio integral, (iii) resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el presente asunto se evidencia que la señora Laura Camila Cuervo Delgado, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo recién nacida C.B.M.C., promovió la acción de tutela, solicitando el reconocimiento a la licencia de maternidad. En este orden de ideas, para resolver la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la normatividad del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la mujer trabajadora tiene derecho a disfrutar de una licencia remunerada por maternidad y la Ley 100 de 1993 impone a la Entidad Promotora de Salud la obligación de reconocer la prestación económica, cuando la madre cumpla con el lleno de los requisitos que para tal fin ha señalado el ordenamiento jurídico. Al respecto la Corte Constitucional³ ha precisado que:

“En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad. Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento

³ Sentencia T-014/22, expediente T-8.338.971, 24 de enero de 2022, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

puede representar. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su hijo o hija, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia".

Y continua su exposición argumentando que:

"La Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los recursos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo con la consecuente falta de remuneración torna a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental. Lo anterior se debe a que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que les permite solventar sus necesidades básicas".

En este sentido, la mujer trabajadora puede reclamar mediante el ejercicio de la acción constitucional regulada en el artículo 86 de la Carta Política, el restablecimiento de su derecho a la prestación económica por maternidad, cuando quiera que éste resulte desconocido por la acción u omisión de las entidades prestadoras de salud, encargadas de su reconocimiento, en cuanto la licencia remunerada por maternidad permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto.

Al encontrarse satisfechos los requisitos de procedibilidad establecidos por el legislador para que prospere el amparo, se entrará a estudiar de fondo el presente asunto, en relación con las garantías innovadas.

PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

¿la Entidad Promotora de Salud CAJACOPI S.A.S., está vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna de la señora Laura Camila Cuervo Delgado y su menor hijo recién nacida C.B.M.C., al no reconocerle la licencia de maternidad?

Con el fin de resolver el presente problema jurídico, el despacho se centrará en hacer el análisis de los siguientes temas: (i) De la licencia de maternidad y su reconocimiento; (ii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas jurisprudenciales (iii) Del allanamiento a la mora por parte de la EPS; (iv) Caso concreto.

(i) De la Licencia de Maternidad y su Reconocimiento

El artículo 43 de la Constitución establece que:

"(...) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia". asimismo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que *"se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social"*.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la licencia de maternidad señaló que esta es:

“un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”⁴

El artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, el cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la licencia de maternidad en los siguientes términos:

“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.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

*a) **Licencia de maternidad preparto.** Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica, no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.*

*b) **Licencia de maternidad posparto.** Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.*

PARÁGRAFO 10. *De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es*

⁴ Corte Constitucional, reiteración de jurisprudencia Sentencia T-998 de 2018

incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma...”

En consonancia, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone:

“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.
(...)”*

Aunado a lo anterior, el artículo 121 del decreto 19 de 2012, establece que:

“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”.

(iii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas jurisprudenciales

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

- 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.
- 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.
- 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].
- 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.
 - 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.
 - 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 familiar⁵.

(iii) Del allanamiento a la mora por parte de la EPS

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que existen eventos en los cuales las EPS están en la obligación de pagar la prestación económica de la licencia de maternidad a aquellas afiliadas 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 figura de la mora, es decir, en los casos en que la EPS, a pesar del incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador o trabajadora, no hace uso de la facultad para el cobro de lo debido, contemplada en 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”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-526/19 refirió que:

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

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

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

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

⁵ T-1062 de 2012, expediente T.-3.594.860, 6 de diciembre de 2012, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada

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

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

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

Ahora bien, el Decreto 780 de 2016 en los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3, establece los efectos de la mora en las cotizaciones del trabajador dependiente e independiente para lo cual promulga la suspensión de la afiliación y de la prestación de servicios de salud contenidos en el PBS por parte de la EPS cuando no se realice el pago de dos periodos consecutivos de las cotizaciones bien sea a cargo del empleador o del trabajador independiente.

En ese orden de ideas, Las EPS no están obligadas durante los periodos de suspensión por mora al reconocimiento de prestaciones económicas (incapacidades, licencias de maternidad y paternidad) siempre y cuando no se allanen a la mora y no haya mediado acuerdo de pago, debiendo el empleador asumir el reconocimiento y pago de estas prestaciones. Así mismo, ante la mora en las cotizaciones de empleadores y trabajadores independientes, la EPS tiene la obligación de realizar lo indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, es decir, adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora, informar al cotizante dependiente, por cualquier medio, que su empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes, etc.

Por lo anterior, se establece que, si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses de mora, y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud sin que se manifestara el procedimiento indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada, sin perjuicio de realizar el trámite respectivo para el recaudo de las cotizaciones e intereses de mora adeudados a la EPS.

(iv) Caso concreto

En el sub examine, la señora Laura Camila Cuervo Delgado invocó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna, fundamentando que la EPS SANITAS, se negó a cancelarle la licencia de maternidad a la cual tiene derecho.

Sobre el particular señaló que su empleador presentó ante la EPS SANITAS solicitud de

licencia de maternidad, la cual fue negada el 10 de mayo de 2023, por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliada; en consecuencia, de lo anterior, la accionante eleva una nueva petición a la EPS accionada, cuya respuesta dada por esta entidad promotora fue que ya se había dado respuesta a la misma el día 10 de mayo de 2023. Teniendo que volver a realizar una nueva solicitud, esta vez por parte del empleador, requiriendo se dé una respuesta de fondo, cuya contestación emanada de la EPS fue que la licencia de maternidad se encuentra en estado rechazado, esto en razón a que *“el aporte a salud correspondiente al inicio de la licencia, en este caso marzo de 2023, no se realizó dentro de los tiempos establecidos de acuerdo con el Decreto 1427 de 2022”*. (respuesta de sanitas del 29 de julio de 2023), porque la fecha límite para el pago de este aporte era el 7 de marzo de 2023, siendo este consignado el 22 de marzo de 2023.

Por su parte la EPS SANITAS en la contestación de la acción de tutela, indicó que la licencia de maternidad fue liquidada en cero, tal y como lo estipula la norma porque al momento de presentarse la solicitud del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el empleador se encontraba en mora del aporte correspondiente al mes de marzo del año 2023, se realizó de forma extemporánea (fecha de pago: 22/03/2023, fecha límite de pago: 5/03/2023), por tanto, no es viable la autorización del pago.

Por otro lado, el señor Noe Dalberto Correa Ramírez, en calidad de empleador, afirmó que le cotizó los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a la trabajadora antes, durante y después de que tuviera a su hijo. Aclarando que en el momento que realizó el pago del aporte, esto es el 22 de marzo de 2023, la EPS nunca se pronunció al respecto.

En ese orden, observa el Despacho que la actora aportó como anexos del amparo constitucional, las planillas integradas de autoliquidación, soporte de pago general de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2022 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio del 2023.

Por lo anterior, para el Despacho se la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016, para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; estos son: (i) Encontrarse afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo, (ii) Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación, (ii) 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, quien efectivamente con el escrito de tutela se allegó historia clínica del día del nacimiento, al igual que el registro civil del mismo.

Superados los requisitos antes descritos, se debe establecer a quien le corresponde cancelar la licencia de maternidad. En este sentido se observa que la tutelante cuenta con un contrato de trabajo, es decir, es una cotizante dependiente, en este sentido el artículo 121 del decreto 19 de 2012, establece que:

“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”. (negritas fuera del texto original)

De la anterior norma en cita, se puede establecer que la prestación económica se encuentra a cargo del empleador, empresario que fue vinculado al presente amparo constitucional y el cual en su contestación reconoce que la obligación del pago de la licencia de maternidad está a cargo de él, al manifestar que siguió reconociendo los salarios a su colaboradora.

En consecuencia, el Despacho amparará los derechos fundamentales invocados y ordenará al vinculado Noe Dalberto Correa Ramírez, en calidad de empleador reconocer y pagar a la tutelante Laura Camila Cuervo Delgado, quien a la vez actúa en representación de su menor hijo recién nacida C.B.M.C., la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

Pero para este Despacho buena fe del empleador no debe ser castigada, por las siguientes razones: Manifiesta la EPS SANITAS que se realizó el aporte a salud del mes de marzo extemporáneamente, agregando que se causó 17 días después de la fecha límite de pago, sin que se evidencie que la misma haya rechazado los aporte que se efectuaron por ese mes y los siguientes. De igual forma no existe prueba en el plenario en el que se evidencie que haya ejercido algún acto de recobro o de acuerdo, es decir, no realizó lo previsto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 o lo indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, es decir, adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora, informar al cotizante dependiente, por cualquier medio, que su empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes, etc.

Por lo anterior se puede decir que la EPS tutelada se allanó a la mora, sobre este tema la Corte Constitucional en la sentencia T-526/19 antes en citada en el acápite del allanamiento a la mora, después de realizar un análisis detallado del artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016, el cual estipula los efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes, concluyendo que:

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

En consecuencia, el Despacho ordenará a la EPS SANITAS, si aún no lo ha hecho, cancele al empleador Noe Dalberto Correa Ramírez, la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

Ahora, en cuanto a la solicitud de recobro realizada por la EPS SANITAS debe decirse que se negará esta solicitud, toda vez que de conformidad con la resolución No. 1885 de 2018, proferida por el Ministerio de Salud solo es procedente el recobro a la ADRES dentro del régimen contributivo aquello no incluido en el PBS, sin embargo la licencia de maternidad no está excluida, ello sin perjuicio de que se surta el respectivo trámite de compensación a que se refiere el Decreto 780 de 2016, tal como lo advirtió la misma Corte Constitucional en sentencia T-014 de 2022.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna invocados por la señora **LAURA CAMILA CUERVO DELGADO**, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo recién nacida **C.B.M.C.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva, **SE ORDENA** al empleador **NOE DALBERTO CORREA RAMÍREZ** que dentro el término de las 48 horas siguientes, a que se le notifique esta providencia, si aún no lo ha hecho, **POR AHORA**, cancele a la señora **LAURA CAMILA CUERVO DELGADO** la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad y luego presente el recobro ante la EPS SANITAS.
Lo anterior a efectos de garantizar el mínimo vital de la accionante.

TERCERO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva, **SE ORDENA** a la **EPS SANITAS** que, dentro del término de los ocho (8) días siguientes, si aún no lo ha hecho, cancele al empleador **NOE DALBERTO CORREA RAMÍREZ**, la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

CUARTO: **NEGAR** la solicitud de recobro formulada por la EPS SANITAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: **NOTIFÍQUESE** este fallo por el medio más eficaz, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de impugnación ante los Juzgados Penales del Circuito (Reparto) de esta ciudad, el cual deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación (Art. 31 del Decreto 2591/91).

SÉPTIMO: En el evento de no ser impugnada la presente Sentencia, remítase a la Honorable Corte Constitucional, a través de la plataforma de revisión de tutelas autorizada por dicha corporación, para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LINO ARTEMIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ

EARL

Firmado Por:
Lino Artemio Rodriguez Rodriguez
Juez
Juzgado Municipal
Penal 003 Control De Garantías

Duitama - Boyaca

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: **dd47a0c0283a6017ca9e3b91efa5930bbf3bbe36b5255bea213b33f2d9be5fdd**

Documento generado en 08/09/2023 03:10:01 PM

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