



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

**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO  
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**

Bucaramanga, diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**I. ASUNTO**

Resuelve el Despacho la impugnación interpuesta por NUEVA E.P.S. en contra del fallo de tutela proferido el 13 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, en la cual resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. Hechos**

Fueron sintetizados por el juez de primer grado en los siguientes términos:

*“La accionante, MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ, manifestó que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, como cotizante, a través de la empresa WGL CONSTRUCTORA SAS, desde el 1 de febrero de 2022.*

*Que el 13 de noviembre de 2022, dio a luz un hijo, por lo que le concedieron incapacidad N° 6827601666 por maternidad, por 126 días, con fecha de inicio el 13 de noviembre de 2022 y de finalización el 18 de marzo de 2023.*

*Adujo que solicitó a la NUEVA EPS, el pago de la licencia de maternidad, sin que le haya sido reconocido esa prestación, con el argumento que el periodo del mes de noviembre último fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora.”*

**2.2. Pretensiones**

Por los anteriores hechos la accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad No. 6827601666, equivalente a 126 días, desde el día 13 de noviembre de 2022 hasta el día 18 de marzo de 2023.



### III. ACTUACIÓN PROCESAL

#### 3.1 Trámite en primera instancia

Le correspondió por reparto el conocimiento de la presente acción constitucional al Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta quien avocó conocimiento de la misma el 27 de marzo de 2023, y así dispuso darle el trámite previsto en el Decreto 2591 de 1991.

Asimismo resolvió vincular de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y la empresa WGL CONSTRUCTORA SAS.

#### 3.2. Respuesta allegada por NUEVA EPS

Indicó que la accionante se encuentra afiliada a NUEVA EPS en régimen contributivo categoría A.

Por otra parte, en cuanto a las pretensiones de la actora, sostuvo que el reconocimiento económico derivado de las incapacidades corresponde a un deber del empleador, quien debe cobrar a la EPS los valores por licencias y/o incapacidades y reconocer en la periodicidad de la nómina dichos valores a sus empleados y en ningún caso pueden atribuir la responsabilidad a su trabajador, por ende, la EPS no se encuentra facultada para proceder con el pago directamente a su nombre.

Finalmente, adujo que el reconocimiento de incapacidades y licencias procede cuando el trabajador se encuentre al día en el pago de sus aportes, lo que no ocurre en el caso de trato.

#### 3.3. Sentencia de Primera instancia

Vencido el término para resolver el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ, ordenando en consecuencia a NUEVA EPS que proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la accionante a través de su empleador WGL CONSTRUCTORA SAS.

En punto de argumentación, indicó que NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales de la demandante al negarle el pago de la licencia de maternidad requerida por su empleador por la mora presentada en alguno o varios de los meses anteriores a su causación, toda vez que no rechazó nunca los pagos extemporáneos ni utilizó los mecanismos judiciales correspondientes para hacerlos efectivos de forma oportuna.



### 3.5. Impugnación

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia NUEVA EPS reiteró que en este caso no resulta procedente el pago de la licencia de maternidad atendiendo a que la actora efectuó pagos extemporáneos, lo que va en contravía a lo dispuesto en el Decreto 1427 del 2022.

## IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 86 Superior toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, si avizora su vulneración o puesta en peligro por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en los casos expresamente previstos por la ley; sin embargo, la procedencia de este trámite que se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria, no llamada a reemplazar los procedimientos ordinarios previstos por el legislador y sujeta a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que se acuda transitoriamente para precaver un perjuicio irremediable.

Según lo dispuesto en los artículos 86 de la C.P. y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente a través de representante o agenciado derechos ajenos, de tal modo que MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ se encuentra legitimada para demandar a nombre propio el amparo de sus derechos fundamentales.

### 4.1. Procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad

Sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional, en sentencia T-503 de 2016, señaló:

*“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.*

*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.**

*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.*

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

Así mismo, la Corte en la sentencia que viene de citarse sostuvo 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, al 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.”*

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.

Esa es la premisa general en lo que atañe a la protección de esta clase de derechos, que sería la aplicable en este caso particular, en donde la accionante reclama el pago de una licencia de maternidad, a la cual, si bien se accede previo el cumplimiento de determinados requisitos preestablecidos, también es cierto, que puede reclamarse su pago por vía de la acción de tutela, habida cuenta que ésta prestación configura un derecho fundamental, precisamente por su íntima relación con los derechos a **la vida digna, la seguridad social y el mínimo vital.**



Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, tales como, 806 de 1998, 1804 de 1999 art. 21 numeral 1 y 047 de 2000 art. 3 numeral 2, los requisitos para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagar la licencia de maternidad son los siguientes:

*“1. que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación y*

*“2. que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho”.*

Sin embargo, en relación con el pago de licencias de maternidad, cuando no se cumple con el número de semanas cotizadas igual al de gestación, La Corte Constitucional en Sentencia T-1223 de 2008, precisó que si bien existían discrepancias en cuanto al número de semanas dejadas de cotizar para definir si el pago era completo o proporcional, en la medida que en la sentencia T-530 de 2007 dos meses corresponden a 8 semanas y en la sentencia T-971 de 2007 dos meses corresponden a 10 semanas, **« En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine<sup>1</sup>, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.»** (negrilla y subraya del juzgado)

En consecuencia y bajo tales postulados, deberá analizarse en el caso concreto que se cumpla con los requisitos legales y planteamientos de la dogmática constitucional para estimar una realización efectiva de este derecho.

#### **4.2. Caso concreto**

Descendiendo al caso que nos ocupa y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene conocimiento que la señora MARIA

---

<sup>1</sup> Algunas sentencias recientes en las que se ha aplicado el principio *pro homine*: T-589 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-580 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-393 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).



FERNANDA CARDOZO RODRÍGUEZ, quien se encuentra actualmente afiliada a NUEVA EPS en régimen contributivo, solicitó a través de su empleador WGL CONSTRUCTORA SAS el reconocimiento de la incapacidad por licencia de maternidad No. 6827601666, con ocasión al nacimiento de su hijo E.P.C.

La anterior solicitud fue radicada con el No. VO-FRC-DPE-1929234, sin embargo, el 30 de diciembre de 2022, la Dirección de Prestaciones Económicas por medio de la Vicepresidenta de Operaciones de NUEVA EPS respondió que el pago del mes de noviembre tenía como fecha límite el 15 de noviembre de 2022, no obstante, el mismo se efectuó el 22 de noviembre, por ende, al encontrarse en mora no era posible el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Posteriormente, el 16 de febrero de 2023, la accionante radicó una segunda solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recibiendo respuesta el 1 de marzo siguiente, en la cual NUEVA EPS reiteró que no era posible reconocer dicho emolumento atendiendo a que la usuaria se encontraba en mora respecto al pago del mes de noviembre de 2022, en tal sentido, advirtiendo la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su menor hijo, la señora CARDOZO RODRÍGUEZ instauró la acción de tutela que nos concita.

Por su parte, en curso del trámite constitucional, NUEVA EPS indicó que el reconocimiento económico por concepto de incapacidades y licencias procede únicamente cuando el usuario se encuentre al día en el pago de sus aportes en virtud de lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998 y los artículos 71 y 73 del decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015.

Advirtiendo la vulneración de derechos fundamentales, el fallador de primer grado resolvió conceder el amparo deprecado, ordenando a la entidad accionada que proceda a cancelar la licencia de maternidad a favor de la señora CARDOZO RODRIGUEZ y a través de su empleador, decisión que fue impugnada por NUEVA EPS quien reiteró que el pago de este tipo de conceptos no procede ante el estado de mora de sus afiliados.

Pues bien, para la resolución del caso ha de indicarse que, en sentencia T- 1160 de 2008 el Alto Tribunal Constitucional mencionó:

*“Esta Corporación ha señalado que en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, en los casos en que la Empresa Promotora de Salud, a pesar de la falta parcial o extemporaneidad de las cotizaciones efectuadas por el empleador o la trabajadora, no haya requerido de manera expresa el pago respectivo o no haya*



*manifestado su rechazo, deberá reconocer y pagar la prestación económica reclamada a favor de su beneficiaria. Ello por cuanto, **la actitud omisiva por parte de la entidad en este sentido “[n]o puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo,** que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.*

*(...)*

*En el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, (...) cuando estamos ante un caso de una **trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido.***

*En conclusión, en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, **las EPS no podrán abstenerse de reconocer y pagar la licencia de maternidad a las trabajadoras dependientes, así como a las trabajadoras independientes,** en los casos en que frente a la cancelación extemporánea de los aportes al sistema de seguridad social en salud han aceptado el pago. (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Aunado a lo anterior, en sentencia T- 529 de 2017 la Corte Constitucional señaló:

*“De aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

De contera que, las Entidades Promotoras de Salud no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes de salud, rehusarse a cancelar y reconocer las licencias de maternidad, si obraron de manera negligente al no adelantar las acciones legales para su cobro, o si incluso el pago se generó de manera extemporánea pero la entidad no la rechazó o se rehusó a recibir el pago, como ocurrió en el caso de trato.

Así las cosas, el Despacho CONFIRMARÁ la decisión emitida el 13 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones



Mixtas de Piedecuesta, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ contra NUEVA EPS, ante la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la decisión emitida el 13 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA FERNANDA CARDOZO RODRIGUEZ contra NUEVA EPS, ante la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas.

**SEGUNDO.** –Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.**– Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**SILVIA JULIANA PRIETO ORTIZ**  
**JUEZ**

Firmado Por:  
Silvia Juliana Prieto Ortiz  
Juez  
Juzgado De Circuito  
Penal 02 Función De Conocimiento

**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: **e3cd22557de73f4dba913b604329e8141e997c657aac8e1d73e193c1a6f3c52**

Documento generado en 17/05/2023 04:21:30 PM

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