

Floridablanca, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

## TUTELA

RADICADO: 2023-00044

ACCIONANTE: MARÍA ANGÉLICA VARGAS ARENAS

ACCIONADO: NUEVA EPS

## SENTENCIA DE TUTELA

### A S U N T O

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora MARÍA ANGÉLICA VARGAS ARENAS contra LA NUEVA EPS, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES” y Multilavado Cars Wash.

### A N T E C E D E N T E S

1.- La señora María Angélica Vargas Arenas expuso que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social del régimen contributivo de salud a través de la NUEVA EPS, aportes que efectúa periódicamente la empresa Multilavado Cars Wash - desde el 1 de junio de 2022 por la vinculación laboral con esa empresa -; el 10 de enero de 2023 - después de 38.1 semanas de embarazo - nació su hija, le expidieron una licencia de maternidad por 126 días – que inició en la fecha referida y finaliza el próximo 15 de mayo - , así que solicitó a la EPS se la reconocieran y pagaran, pero se la negaron porque su empleador efectuó los aportes fuera de la fecha establecida, perjudicándola gravemente porque – al no poder laborar durante el periodo de la licencia - su calidad de vida y la de su menor hija se ven afectadas, ya que el pago de la acreencia es su única fuente de ingreso.

2.- Una vez avocado conocimiento se vinculó al trámite a los representantes legales de la NUEVA EPS, Multilavado Cars Wash y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “ADRES”, quienes manifestaron lo siguiente:

2.1. La apoderada especial de la NUEVA EPS corroboró que la accionante se encuentra activa en el SGSS a través del régimen contributivo; el área de prestaciones económicas emitió concepto técnico donde se detectó que existen aspectos que deben investigarse a profundidad, esto es, que (i) se encuentra afiliada al inicio o dentro del periodo de gestación y (ii) los aportes anteriores a julio 2022 – durante el Estado de Emergencia decretado por el Gobierno Nacional - no pueden tenerse en cuenta para el reconocimiento de la incapacidad.

Una vez validado el sistema, evidenciaron que la accionante se encuentra cotizando como dependiente, a través de la empresa Multilavado Cars Wash SAS identificada con NIT

901367553, razón por la cual - en aras de salvaguardar el derecho al mínimo vital - el reconocimiento económico de la licencia de maternidad se encuentra en cabeza de su empleador, quien tiene otros medios para solicitar el recobro y, por ende, solicitó declarar improcedente el amparo deprecado.

2.2. El apoderado del Jefe de la Oficina Jurídica del ADRES aseguró que escapa de sus competencias reconocer o pagar las licencias de maternidad y la vulneración de los derechos fundamentales ocurrió por una omisión no atribuible a la entidad que representa y – según el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016 - la obligación de la ADRES respecto al pago de licencias inicia una vez las EPS o entidades obligadas a compensar (EOC) las presentan para su reconocimiento y pago, pero en este caso eso no ha ocurrido.

2.3. La administradora de la empresa Multilavado Cars Wash aportó el certificado de aportes desde septiembre de 2022 a marzo de 2023.

## CONSIDERACIONES

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y ágil para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, caracterizado por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar que se configure un perjuicio de carácter irremediable.

4.- Atendiendo a lo consignado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra una entidad promotora de salud, a saber, la NUEVA EPS.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora María Angélica Vargas Arenas está facultada para interponerla, como presunta perjudicada.

6.- De acuerdo a lo planteado por la accionante, el problema jurídico se contrae a determinar si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad causada entre el 10 de enero y el 15 de mayo de 2023.

La respuesta surge afirmativa, pues el pago de la licencia de maternidad se presume como la única fuente de ingreso de la trabajadora dependiente, que con ocasión del parto requiere de un descanso que le permita recuperarse físicamente y cuidar de su hija, así que la ausencia en el

reconocimiento vulnera el derecho al mínimo vital de las mencionadas, por lo tanto, la acción de tutela se constituye como el mecanismo idóneo de protección del derecho fundamental.

#### 6.1. Premisas de orden jurídico sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

6.1.1. Respecto de la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante, el máximo Tribunal Constitucional indicó 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 afilan 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 familiar...”<sup>1</sup>

6.1.2 La Corte Constitucional ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla 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...”<sup>2</sup>

6.1.3 Respecto a la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad reiteró el máximo Tribunal lo siguiente:

“...que (I) el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital. (II) La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un

<sup>1</sup> Corte Constitucional T-503 de 2016 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>2</sup> Corte Constitucional T-503 de 2016 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido. (III) En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento...”<sup>3</sup>

6.1.4 Con respecto a la proporcionalidad en el pago de los aportes y la falta de pago oportuno de los mismos, el alto Tribunal Constitucional señaló que:

“...Los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, 1804 de 1999 y 47 de 2000, así como la jurisprudencia constitucional, han determinado los requisitos legales en relación con la obligación que tienen las EPS de pagar la licencia de maternidad, a las afiliadas que hayan dado a luz a su hijo: (i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación. Jurisprudencialmente esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido. (ii) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. La Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad. (iii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, “la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”. (iv) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad

<sup>3</sup> Corte Constitucional T-075 de 2018 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia.”<sup>4</sup>

6.1.5. Por su parte, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“ ... Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que a) la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación b) 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. c) 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. d) El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.”

6.1.6 Las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollados dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación.

“...La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante más de dos meses de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad proporcional al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante dos meses o menos de su gestación, tendrá derecho a recibir la totalidad de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad...”<sup>5</sup>

## 6.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional - porque se allegaron los medios de prueba para tal fin o no fue objeto de discusión entre las partes - que:

- i) La señora María Angélica Vargas Arenas se encuentra afiliada en calidad de cotizante dependiente al sistema de seguridad social del régimen contributivo de salud a través de la NUEVA EPS;
- ii) El 10 de enero de 2023 la accionante dio a luz a su menor hija (después de 9 meses de embarazo), por lo que le fue expedida la licencia de maternidad por 126 días, periodo que comprende desde la fecha referida hasta el siguiente 15 de mayo;

<sup>4</sup> Corte Constitucional T-503 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

- iii) La accionante aportó comprobantes de pago a seguridad social en salud realizados como trabajadora dependiente de manera directa a la EPS a través de Aportes en línea – los cuales corresponden a los meses de julio de 2022 a marzo de 2023, es decir, realizó aportes durante siete meses de la gestación, teniendo en cuenta que el parto sucedió el 10 de enero de 2023.
- iv) Desde el momento del parto han transcurrido menos de doce meses;
- v) La accionante aseguró que su salario como trabajadora dependiente en Multilavado Cars Wash era su única fuente de ingreso;
- vi) La NUEVA EPS se niega a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el argumento que el empleador debe pagar la licencia de maternidad y este último debe iniciar el cobro ante la EPS;
- vii) Dentro de los elementos de juicios allegados a la actuación se encuentra respuesta de la EPS a comunicación efectuada por la accionante y la empresa Multilavado Cars Wash, en razón a la falta de reconocimiento económico de la licencia de maternidad, donde adujo que el aporte correspondiente al periodo de enero de 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora, dicha respuesta fue enviada al correo electrónico de la empresa el 1° de marzo de la presente anualidad, mas de un mes después del alumbramiento.

#### 8.- Conclusiones.

8.1. Es evidente que el núcleo esencial del derecho al mínimo vital de la accionante y de su menor hija se encuentra vulnerado ante la falta de pago de la licencia de maternidad, pues el emolumento – que hace las veces de salario – es la única fuente de ingresos de la trabajadora dependiente, afirmación sobre la que no existió discusión alguna; en consecuencia, la licencia de maternidad - más que una pretensión económica - es el único medio con el que cuenta una madre gestante para satisfacer su subsistencia y de su prole.

8.2 Corresponde pagar la rogada acreencia a la EPS a la cual se encuentra afiliada - desde el 1 de febrero de 2014 - la usuaria, o sea, la NUEVA EPS.

De acuerdo a los soportes de consignaciones o planillas consecutivas allegadas al expediente - desde julio de 2022 a marzo de 2023 -, los pagos por seguridad social se realizaron durante siete de los nueve meses del periodo gestacional, teniendo en cuenta que el parto ocurrió el 10 de enero de 2023.

8.3. Comoquiera que la EPS no acudió a los mecanismos legales de los que dispone para oponerse ante el pago tardío, en la actualidad, ante la reclamación de la peticionaria no puede negar su reconocimiento y pago, alegando extemporaneidad del aporte, puesto que se configuró

el fenómeno de allanamiento a la mora, pues la comunicación a la negación del pago de la licencia ocurrió un mes después del alumbramiento.

8.4. En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y de la recién nacida.

Motivo por el cual, estableció que - dependiendo del número de semanas cotizadas - el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional, lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y a la menor de edad. Así que, si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses – situación configurada en el caso concreto - del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, pero si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó y en el caso concreto la accionante - a través de la compañía Ardila Muñoz y Multilavado Cars Wash, misma empresa, pero con diferente razón social – cotizó durante 7 de los 9 meses del período gestacional, cumpliendo con una de las dos reglas señaladas por la Corte Constitucional.

En consecuencia, se superan los presupuestos constitucionales anotados en antecedencia para la procedencia excepcional de la acción constitucional y emerge como el mecanismo idóneo de protección y amparo al mínimo vital de la accionante; por ende, se ordenará al representante legal de la entidad promotora de salud NUEVA EPS que - dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión y si aún no lo ha hecho - proceda al reconocimiento, desembolso y pago total de la licencia de maternidad generada entre el 10 de enero y el 15 de mayo de 2023.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA – en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital de la señora MARIA ANGÉLICA VARGAS ARENAS, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.098.717.267, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** **ORDENAR** al representante legal y/o quien haga sus veces de la entidad promotora de salud NUEVA EPS que - en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia y si aún no lo ha hecho – reconozca, desembolse y pague de manera total la licencia de maternidad a favor de la señora MARÍA ANGÉLICA VARGAS

ARENAS, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.098.717.267, prestación que se generó entre el 10 de enero y el 15 de mayo de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta decisión. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado

**NOTIFIQUESE y CÚMPLASE**

El Juez,

  
**JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA**