



Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, dos (2) de mayo de dos mil veintidós (2022).

**REFERENCIA:** RADICACIÓN 44-001-40-03-001-2022-00049-00.- Acción de tutela promovida por la señora **KEYSA ELENA EPIEYU MENGUAL** contra **NUEVA EPS y UNION TEMPORAL SAPULAA ANAIN WAYUU SULUU SUMAIPA**.

Se procede, dentro del término legal, a la resolución de la presente solicitud de tutela, previo los siguientes,

#### ANTECEDENTES

La presente acción de tutela es interpuesta por la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, quien alega que el día 8 de abril de 2021, suscribió contrato a término fijo con la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, NIT 901469849-8, con labores en atención de primera infancia. Como consecuencia de lo anterior, afirma que el empleador en mención registro aportes por conceptos de cotizaciones al SGSSS en salud a la Nueva EPS.

Alega que el 17 de febrero de 2021, se realizó prueba de embarazo, con resultado positivo y estando vinculada laboralmente con la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, el 6 de octubre de 2021 dio a luz a través de parto por cesárea.

En virtud de lo anterior, el 16 de noviembre de 2021, realizó solicitud de pago de la licencia de maternidad a la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, pago correspondiente por ley que no se hizo efectivo, ni ha recibido respuesta alguna.

En consecuencia, vía WhatsApp con el coordinador de la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, con el afán de indagar sobre su derecho, se le alega que el pago no se ha realizado por no contar con presupuesto para el pago de la licencia. De igual forma, que solo contaban con presupuesto para realizar pago de nómina, sin importar que ella hace parte de esta.

Alega que el 17 de marzo de 2022, solicitó cita vía telefónica a Nueva EPS, por motivos de quebrantamiento de salud, siendo negadas por aparecer suspendida, como consecuencia de la mora, novedad que surge consecuente al no pago por parte de la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, vulnerando su derecho fundamental a la salud.

Desde el 6 de octubre de 2021, no recibe pago por concepto de salario ni licencia de maternidad, siendo acreedora de licencia de maternidad y por periodo de lactancia hasta abril de 2022.

Advierte que existe mala fe de la empresa Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, empresa que alega desde octubre de 2021 hasta abril de 2022 ha violado sus derechos fundamentales.

Informa que no ha recibido ninguna notificación de la empresa Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa sobre la terminación del contrato, ni sobre los pagos de los salarios y licencia de maternidad, desconociendo la estabilidad laboral reforzada por maternidad, que incluye el periodo de lactancia.

Por lo anterior, solicita a este Despacho tutelarse los Derechos Fundamentales a la salud, a la vida digna, seguridad social, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, en consecuencia:

Ordene a la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, que en el término de 48 horas realice el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral dejados de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, gozando de estabilidad laboral reforzada por maternidad.

Ordenar a la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, el pago de sesenta (60) días de salarios como indemnización por despido de la accionante, artículo 239 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990.

Ordenar a Nueva EPS se sirva pagar la licencia de maternidad correspondiente a 7 meses contados desde el momento del parto, esto es desde el 6 de octubre de 2021, hasta el vencimiento de esta, es decir, hasta abril de 2022.

Vincular al trámite a la Procuraduría Regional de La Guajira y a la Defensoría Regional de La Guajira, para que hagan vigilancia al fallo proferido, de manera que no se le siga vulnerando sus derechos.

Con la solicitud de tutela se aportó unos documentos en copia:

Cedula de ciudadanía de la accionante.

Prueba de embarazo de la accionante del 17 de febrero de 2021, positiva.

Registro civil de la menor hija de la accionante donde consta que nació el 6 de octubre de 2021.

Historia clínica de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual donde el ingreso fue el 6 de octubre y el egreso fue el 7 de octubre de 2021 por cesárea de la accionante.

Orden de licencia de maternidad de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual por 126 días desde el 6 de octubre de 2021 hasta el 8 de febrero de 2022.

Documento del 27 de noviembre de 2021, en el que NUEVA EPS transcribe la licencia de maternidad otorgada a la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, de la que se destaca que tenía 40 semanas de gestación.

Solicitud de pago de la licencia de maternidad de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, ante su empleador datada 16 de noviembre de 2022.

Respuesta otorgada por nueva EPS el 11 de diciembre de 2021, en la que se le informa que existe una evidencia de la transcripción de la incapacidad No 7398455 de fecha 6 de octubre de 2021, emitida a la afiliada la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, identificada con cedula de ciudadanía 1193220927 la cual no registra solicitud de pago, por lo que la invitaron a radicar la solicitud en debida forma a través de sus canales de atención.

Certificados de aportes en salud a favor de la actora.

Constancia de estar suspendida su afiliación en salud.

Respuesta otorgada el 24 de febrero y 10 de marzo de 2022 por Nueva EPS.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

#### **1.- Trámite y contestación.**

La solicitud de tutela fue admitida mediante providencia del día veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022).

Disponiendo requerir a las entidades accionadas Nueva EPS y Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, para que rindieran un informe detallado de los hechos que dieron origen a la presente tutela. Vinculando y notificando a la Defensoría del Pueblo Regional La Guajira y a la Procuraduría Regional de La Guajira.

Por su parte **Nueva EPS** informa se resume:

En primer lugar, que la persona encargada de ejecutar el cumplimiento de las órdenes emanadas por los despachos judiciales en una acción de tutela en cuanto al control del proceso de pago de prestaciones económicas a los afiliados es el Dr. Cesar Alfonso Grimaldo Duque, Director de Prestaciones económicas, quien se encuentra a cargo de proceso de recaudo y compensación, para el cumplimiento del presente fallo de tutela. Su superior jerárquico es el Dr. Seird Núñez Gallo, Gerente Regional, quien se encuentra realizando el respectivo seguimiento para el cumplimiento del presente fallo de tutela.

En segundo lugar, mencionan que la usuaria Keysa Elena Epieyu Mengual registra afiliación en Nueva EPS S.A., y se encuentra en estado SUSPENDIDO en el régimen CONTRIBUTIVO, como cotizante independiente, ya que su último período pagado es de enero 2022. Recuerdan que el no pago por dos meses consecutivos de las cotizaciones por parte del empleador produce la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud del Plan de Beneficios por parte de la EPS. Durante esta suspensión, el empleador en mora debe pagar el costo de los servicios de salud que requiera el trabajador y su núcleo familiar, y además debe pagar las cotizaciones adeudadas y los intereses de mora correspondientes. Por esta razón, advierte que la accionante debe colocarse al día con las cotizaciones adeudadas a la EPS y los intereses de mora que se cause por el no pago de las mismas. Agrega que en caso de haber perdido capacidad económica el usuario

puede solicitar movilidad al régimen subsidiado con el fin de continuar garantizando la prestación de los servicios de salud al afiliado hasta que recupere capacidad de pago o su empleador reporte novedad de ingreso.

En tercer lugar, se indica que el área de prestaciones económicas realizó evaluación del caso, encontrando que el aportante Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa con NIT 901469849, solicitó el pago de la licencia de maternidad 7398455 emitida al afiliado en referencia, a través del portal WEB, por lo que su Dirección emitió respuesta el 24 de enero de 2022 mediante comunicado VO-GRC-DPE-1668427 al correo [ronaldvera012@gmail.com](mailto:ronaldvera012@gmail.com)

*“En respuesta a su comunicación, le informamos que para proceder con el pago de la licencia de maternidad 7293098, del afiliado MABELIS YOHANA ROBLES ALFARO identificado(a) con documento de identidad No. 1124400701 y con el pago de la licencia de maternidad 7398455, del afiliado KEISA ELENA EPIEYU MENGUAL identificado(a) con documento de identidad No. 1193220927, es necesario remitir los siguientes documentos por canales no presenciales Chat con Eva, Video Atención o con Cita en Oficinas dirigidos a la Dirección de Gestión Tributaria.*

- *Certificado de Existencia y Representación Legal con vigencia no mayor a 30 días - Fotocopia de RUT del empleador.*
- *Fotocopia del documento de identidad del representante legal.*
- *Certificación bancaria de una cuenta a nombre de la empresa adscrita a la Red ACH con vigencia no mayor a 90 días.*

*Recuerde que las solicitudes de pago de incapacidades y licencias efectuadas por primera vez, se deben realizar 8 días hábiles después de la radicación de los documentos para la creación de la cuenta bancaria. A través del portal transaccional ingresando a [www.nuevaeps.com.co/](http://www.nuevaeps.com.co/) Transacciones Nueva EPS en línea”.*

En cuarto lugar, afirma que es necesario que se tenga en cuenta que la afiliada no cotizó durante todo su periodo de gestación, solo cotizó 173 días frente a 280 días de gestación, por lo que la licencia deberá ser reconocida de manera Proporcional, con base a lo establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social en el Decreto 2353 del 2015, el cual indica en su artículo 78 lo siguiente:

*Artículo 78. 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 hubiera efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo 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 periodo 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 periodo real de gestación.

Los periodos reconocidos como AE y financiados por el sistema de salud, no corresponden a cotizaciones de aportes realizados. Es importante tener en cuenta que este mecanismo fue establecido con el fin de continuar brindando atención en salud a la población afectada laboralmente por la pandemia que actualmente vivimos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en los periodos aprobados por AE, se hace el reconocimiento de la UPC a las EPS y al no existir aporte, implica el no contar con el respectivo IBC. Por lo anterior, los periodos reconocidos como AE, no son tenidos en cuenta en la liquidación de las licencias.

Finalmente indica, que cuando el empleador o cotizante independiente realiza el aporte de algún periodo que inicialmente se reconoció como AE, será tenido en cuenta acorde a lo anteriormente indicado.

Por todo lo expuesto, se afirma por Nueva EPS que es necesario vincular al empleador Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, para que realice las aclaraciones del caso en cuanto al pago de aportes y situación actual de vinculación laboral de la usuaria.

Solicita también, no acceder a las pretensiones de la afiliada ya que no ha cumplido el lleno de requisitos para su reclamación, amén de constituirse en mora en el pago de aportes, los cuales debían y deben ser cancelados de acuerdo con las fechas estipuladas en Decreto 1670 de 2007,

habiendo sido requerida por la entidad para colocarse al día con las cotizaciones adeudadas a la EPS y los intereses de mora causados.

En caso de que lo anterior sea desestimado, solicita Nueva EPS tenerse presente que la accionante no cotizo durante todo su periodo de gestación, solo cotizo 173 días frente a 280 días de gestación, por lo que la licencia deberá ser reconocida de manera proporcional.

En caso de que el Despacho considere que los derechos invocados en la presente acción de tutela son tutelables, y en consecuencia se ordene a NUEVA EPS, cubrir el costo de la prestación solicitada, prestación a la cual no se encuentra legalmente obligada, solicitan se le reconozca el poder realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en un ciento por ciento (100%); a fin de obtener los sobre costos generados por el servicio que se le brindará a la actor(a), a la mayor brevedad posible dentro de lo previsto en el reglamento de pago.

Por su parte la señora Aleix Cenith Plata Rodríguez, actuando en calidad de Representante Legal de **La Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa**, manifestó se destaca:

Teniendo en cuenta los hechos sustentados por la accionante resalta lo siguiente:

Que el día 8 de abril de 2021 se suscribió contrato de trabajo entre la Representante Legal anteriormente mencionada y la accionante, debido a esto manifestó que dichas contrataciones son basadas mediante los lineamientos de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, los cuales son otorgados por términos definidos, sin derecho a prorrogas, ya que se consideran que constantemente someten a elecciones los operadores para que puedan administrar la atención en la primera infancia.

Teniendo en cuenta el apoyo que la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa presenta ante cualquier situación similar, hacen las respectivas diligencias para que la entidad donde se vienen realizando los aportes a SGSSS desembolse el pago de la licencia de maternidad que por ley le corresponde a la señora Epiéyu Mengual.

Para conocimiento de este Juzgado, les es importante resaltar, que los contratos de aporte asignados por el ICBF, son de manera temporal, debido a que se le realizan contratos de trabajo a término indefinido a cada empleado de la Modalidad Institucional, es reglamentado por ley, para cada operador que administra la atención a primera infancia realizar este tipo de contratos es de obligatorio cumplimiento.

Afirma que se puede decir que la presente acción de tutela debe ser declarada improcedente, ya que ha sido presentada de forma extemporal por haber culminado el operador la atención al programa donde se encuentra vinculada laboralmente Keysa Elena Epiéyu Mengual.

Teniendo en cuenta las pretensiones, alega que ante la entidad promotora que hoy se encuentra vinculada en la presente acción de tutela, se realizaron todos los trámites pertinentes para que se otorgara la petición de fondo solicitada por parte de la accionante. Pudiéndose evidenciar dentro de las pruebas que se otorgaron ante el Despacho todas las solicitudes realizadas ante la entidad prestadora de salud Nueva EPS quien deberá reconocer el pago de la licencia de maternidad y las que esta acarree.

Al Juzgado solicitan no se haga responsable a la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, debido a que esta solo realizó funciones temporales asignadas por el ICBF, el cual para la fecha ya se encuentra liquidado el contrato donde se contrató a la accionante.

Por su parte la **Procuraduría Regional de La Guajira**, a través de la doctora Manet Alejandra Sierra Mejía, previa exposición de hechos, pretensiones, pruebas y jurisprudencia aplicable al caso en estudio, considera que de demostrarse en este trámite de tutela las conductas presuntamente omisivas de la Unión Temporal Sapulaa Anaim Wayuu Suluu Sumaipa, que al parecer a impedido el reconocimiento y pago de los salarios y de la licencia de maternidad mencionada a favor de la accionante y de encontrarse reunidos los requisitos jurisprudenciales, deberá tutelarse los derechos fundamentales invocados por la actora.

Este Despacho, considerando que se cuentan con los elementos de juicio necesarios para dictar un fallo acorde a la Norma Superior, la acción de tutela se falla, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

#### **1.- Naturaleza de la acción incoada.**

La acción de tutela en los términos consignados en el artículo 86 del Documento Constitucional y desarrollados por el Decreto 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico-procesal de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección.

#### **2.- Problema a resolver.**

Corresponde al Despacho determinar, en primer lugar ¿si Nueva EPS y/o Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, en el presente caso vulneran o amenazan los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, al negarse a pagar la licencia de maternidad solicitada por la accionante?

La negativa al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se da con fundamento, por parte de Nueva EPS de que, en respuesta del 22 de febrero de 2022, se le indico a la accionante que la solicitud de pago de la licencia de maternidad debía ser debidamente radicada a través de sus canales de atención al usuario, indicando los documentos anexar. Que, de ser desestimado sus argumentos, se tenga en cuenta que la accionante no cotizo durante todo su periodo de gestación, solo cotizo 173 días frente a 280 días de gestación, por lo que la licencia deberá ser reconocida de manera proporcional.

Por su parte Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, indica que realizaron todos los trámites pertinentes para que se otorgara la petición de fondo solicitada por parte de la accionante, licencia de maternidad, pudiéndose evidenciar dentro de las pruebas que anexan la solicitud realizada ante la Entidad Prestadora de Salud Nueva EPS, radicada el 17 de noviembre de 2021, en la que dicen anexar los documentos solicitados por Nueva EPS, para dar trámite del reconocimiento al pago de la licencia de maternidad.

En segundo lugar, este Despacho deberá decidir si es procedente esta acción de tutela debido al carácter subsidiario de la acción constitucional para decidir las solicitudes de la accionante respecto de la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, en las que busca se le ordene el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral, dejados en su decir de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, afirmando que ello se da por estar gozando de estabilidad laboral reforzada por maternidad. Así como también, solicita el pago de sesenta días de salarios como indemnización por despido, artículo 239 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990. Lo anterior, porque en el decir de la accionante la Unión Temporal no le dio a conocer la terminación de su contrato y durante el periodo de lactancia goza de protección constitucional a la estabilidad reforzada.

Previa decisión del problema jurídico se analizará la normatividad y jurisprudencia aplicables al caso y los requisitos de procedencia formal del amparo constitucional.

#### **3.- Normatividad y jurisprudencia aplicables al caso.**

##### **3.1. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.**

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

*“(…) 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”*

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

*“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.*

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa 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”*

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una *“protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores”*, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto.

Esta Corporación al 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”*

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que *“dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”*.

Esta prestación cubre a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

*“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”*

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone lo siguiente:

*“Artículo 2.1.13.1 Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*

***Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación. (Negrita fuera del texto)***

*En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.*

*En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.*

*El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.*

*En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”*

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

***“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”. (Negrita y subraya fuera del texto)***

### **3.2. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud. T- 526 de 2019.**

Esta Corporación ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

***“ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.***

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

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

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

**Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.** (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

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

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápite 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.

#### **4. Estudio de procedencia formal del amparo Constitucional.**

El artículo 86 Superior, establece que la acción de tutela tiene como propósito garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, de un particular. No obstante, esta acción solo puede ser ejercida cuando se cumplan los siguientes criterios de procedibilidad: (i) legitimación en la causa por activa y legitimación en la causa por pasiva; (ii) inmediatez; y (iii) subsidiariedad.

**4.1.1** En cuanto a la **legitimación en la causa por activa**, este presupuesto supone que la acción de tutela debe ser formulada por la persona titular de los derechos fundamentales que están siendo vulnerados o amenazados, o alguien que actúe en su nombre. En el caso que nos ocupa, el requisito de la legitimación en la causa por activa se encuentra superado, habida cuenta de que la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, es la titular de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, que presuntamente están siendo vulnerados por la negativa de Nueva EPS y/o Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, a reconocerle y pagarle la licencia de maternidad, EPS en la que se encontraba afiliada en salud como cotizante durante parte de su periodo de embarazo y fecha del parto. Solicitando al igual de la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral, dejados en su decir de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, a pesar de estar gozando de estabilidad laboral reforzada por maternidad. Así como el pago de sesenta días de salarios como indemnización por despido.

**4.1.2.** Respecto de la **legitimación en la causa por pasiva**, la acción de tutela debe dirigirse contra la autoridad o particular que vulnera o amenaza los derechos fundamentales y que tendría competencia para actuar de constatarse dicha violación o amenaza.

De la misma manera, está satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva en cuanto a Nueva EPS, pues la actora se reitera, existe prueba de que estuvo afiliada en estado activo en Nueva EPS, durante gran parte del periodo de embarazo y a la fecha del parto, por lo tanto, ésta entidad es la encargada de prestar el servicio público de salud y podría tener el deber de pagar las prestaciones reclamadas por la actora.

Por último, respecto de la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, el Despacho considera que las razones para vincularla a este trámite, es el Artículo 121 del Decreto Ley 019 del 2012<sup>1</sup>, que establece que el empleador no puede trasladar al trabajador la carga administrativa de radicar las incapacidades ante la EPS, ni puede trasladar el trámite para su reconocimiento y pago. Se destaca que, la garantía de que sea el empleador el que pague la incapacidad y/o licencia, trae como beneficio que el empleado o trabajador no tiene que soportar el trámite administrativo de su pago ante la EPS, pues su incapacidad se paga con la periodicidad de su sueldo y es el empleador el que después se entiende con la EPS para su reembolso. Así, para este Despacho, se encuentra acreditado la legitimación por pasiva.

**4.2.** Siguiendo con el estudio de procedibilidad, nos encontramos con el requisito de **inmediatez**, el cual implica que la acción de tutela tiene que ser formulada en un término razonable desde el hecho presuntamente vulnerador.

En esta oportunidad existe prueba en el expediente de que Nueva EPS negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad el 22 de febrero y reiterado el 10 de marzo de 2022 y la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, formuló acción de tutela el 19 de abril de 2022, transcurriendo así, menos de dos (2) mes entre el hecho presuntamente vulnerador y la solicitud de amparo, tiempo que resulta razonable para este Despacho, más aun cuando la presente acción es interpuesta dentro del año siguiente a la fecha del parto de la accionante que se dio el 6 de octubre de 2021.

**4.3.** Por último, **el principio de subsidiariedad**, se debe tener en cuenta que se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial “*porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante*”. Así mismo, se deben tener en cuenta las circunstancias especiales del caso en particular y la situación en la que se encuentre el solicitante, pues no se pretende reemplazar los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver la controversia.

De acuerdo con el problema jurídico antes enunciado, son dos los asuntos que se deben resolver por este Despacho en este caso concreto.

En *primer lugar*, este Despacho deberá decidir si es procedente debido al carácter subsidiario de la acción constitucional, el que pueda tramitar y decidir sobre las solicitudes de la accionante, en especial respecto de la accionada Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Samaipa, en las que busca se le ordene que pague los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral, en el decir de la actora dejados de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, por estar gozando de estabilidad laboral reforzada por maternidad. Así como el pago de sesenta días de salarios como indemnización por despido en periodo de lactancia, de conformidad con el artículo 239 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990. Lo anterior, porque en el decir de la accionante esa Unión Temporal no le dio a conocer la terminación de su contrato y durante el periodo de lactancia goza de protección constitucional a la estabilidad reforzada.

---

<sup>1</sup> **“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. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia...”

Revisado el expediente, no encuentra esta Agencia Judicial prueba alguna con la que se pueda soportar la concesión de la anterior pretensión a través de esta acción constitucional, ello principalmente se deduce del hecho de que la accionante, si bien manifiesta que el día 8 de abril de 2021, suscribió contrato a término fijo con la Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, NIT 901469849-8, con labores en atención de primera infancia, hecho que es corroborado por su empleador en su informe, ni ella ni el empleador indican respecto de este hecho hasta que fecha se estableció el término del contrato, pues ella lo que si manifiesta, es que era un contrato a término fijo, pero no aporta copia del contrato, de manera tal que pudiera este Despacho estudiar los extremos temporales del mismo y con ello analizar si dentro del periodo contractual la accionante fue desvinculada en periodo de lactancia. Aunado al hecho de que la parte empleadora Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Sumaipa, fue enfática al manifestar que solo realizó funciones temporales asignadas por el ICBF, encontrándose a la fecha liquidado el contrato donde se contrató a la accionante.

De manera que este Despacho, al no encontrar que se cumplan los requisitos constitucionales para que subsidiariamente como Juez constitucional pueda entrar a dirimir esta de clase asuntos legales – laborales, considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad para esta clase de pretensiones.

En *segundo lugar*, se pasará a estudiar la otra pretensión de la accionante, para ello se deberá determinar si Nueva EPS y/o Unión Temporal Sapulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa en el presente caso vulneran o amenazan los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, al negarse a pagar la licencia de maternidad solicitada por la accionante. De ser cierto, este Despacho debe establecer si se cumple el requisito de subsidiariedad.

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la Corte constitucional en ellos se ha indicado, en distintas oportunidades, que el no pago o el retraso en el pago de la licencia de maternidad, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su menor hijo, razón por la cual, acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría no permitir el goce efectivo de estos derechos, es por esto que el Juez Constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto.

Al respecto se observa en el caso en estudio que: (i) de acuerdo con el registro civil de nacimiento de la menor<sup>2</sup>, esta nació el 6 de octubre de 2021 y la acción de tutela fue presentada en la oficina de reparto el 19 de abril de 2022, razón por la cual se encuentra superado el primer requisito, dado que transcurrió menos de un (1) año entre el nacimiento y la interposición del amparo constitucional; y (ii) existen supuestos que permiten presumir la afectación del mínimo vital de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual y de su hija recién nacida, toda vez que en el escrito de tutela advierte una grave afectación a este derecho, pues alega: *“Desde el 6 de octubre de 2021, no recibo pago por concepto de salario ni licencia de maternidad, siendo acreedora de licencia de maternidad y por periodo de lactancia hasta abril de 2022”*, hecho que no fue controvertido por la parte accionada en la presente tutela y que hace visible la afectación a los derechos fundamentales de esta madre y su hija.

En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y de su hija recién nacida, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar su necesidades básicas de subsistencia, por lo que la intervención del Juez Constitucional es necesaria para garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Dicho lo anterior y de acuerdo con la situación de la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, en la que indica que desde el nacimiento de la menor no percibe salario, presumiéndose ser su trabajo su sustento, hecho que se reitera, no fue desvirtuado por la parte accionada, resulta procedente este mecanismo.

En estos términos, la acción de tutela de la referencia superó el examen de procedibilidad en lo que respecta a la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y, por ende, se pasa a estudiar el fondo del asunto.

---

<sup>2</sup> Se aporta por la actora el registro civil.

## 5.- Caso concreto.

La señora Keysa Elena Epiayu Mengual, en los hechos afirma que suscribió el 8 de abril de 2021, contrato a término fijo con la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, hecho del que no aporta prueba, es decir, no aporta copia del contrato de trabajo en el que se pudiera verificar su afirmación y el término del mismo, no obstante, la parte accionada como empleador no desvirtuó con su informe su suscripción, por el contrario, confirma la existencia del mismo.

En virtud del contrato la accionante afirma que se afilió desde esa fecha, como trabajadora dependiente para la prestación de su Seguridad Social en Salud en Nueva E.P.S., no obstante, en el registro de aportes en salud se encuentra que el pago de salud se da desde el mes de mayo de 2020. Ver imagen:

Nombres y apellidos del cotizante **EPIAYU MENGUAL KEISA ELENA**

Identificación Tipo **CC** Número **1193220927**

Registra aportes por concepto de cotizaciones al SGSSS, desde 01/08/2008 a 01/04/2022 de la siguiente manera:

Periodo	IBC	Aporte	Días	Fecha de pago	Nit	Razon Social	Fianita
01/10/2019	\$828,116	\$103,600	30	05/11/2019	CC 1193220927	KEISA ELENA EPIAYU MENGUAL	8604616735207
01/04/2020	\$942,528	\$117,900	29	15/04/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849404961074
01/05/2020	\$975,028	\$121,900	30	11/05/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849406054419
01/06/2020	\$975,028	\$121,900	30	12/06/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849407243435
01/07/2020	\$975,028	\$121,900	30	21/07/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849408469735
01/08/2020	\$975,028	\$121,900	30	19/08/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849409518201
01/09/2020	\$975,028	\$121,900	30	16/09/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849410563192
01/10/2020	\$975,028	\$121,900	30	17/11/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849412784231
01/11/2020	\$975,028	\$121,900	30	03/12/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849413658811
01/12/2020	\$162,606	\$20,400	5	30/12/2020	NT 900301477	FUNDACION HUMANITARIA CAMINC	849414470444
01/05/2021	\$696,537	\$27,900	23	27/05/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849420217453A
01/06/2021	\$908,526	\$36,400	30	10/06/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849420922954A
01/07/2021	\$908,526	\$36,400	30	01/07/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849421805313
01/08/2021	\$908,526	\$36,400	30	11/08/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849423306153A
01/09/2021	\$908,526	\$36,400	30	17/09/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849424651283A
01/10/2021	\$908,526	\$36,400	30	04/10/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849425400771
01/11/2021	\$757,105	\$30,300	25	19/11/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	2849427181881
01/11/2021	\$151,421	\$6,100	5	19/11/2021	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	1849427181881
01/12/2021	\$908,526	\$36,400	30	04/01/2022	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849429256925
01/01/2022	\$908,526	\$36,400	30	25/01/2022	NT 901469849	UNION TEMPORAL SUPULAA ANAIN	849430018530A

En los hechos de tutela la accionante indica que el 17 de febrero se hizo una prueba de embarazo y en la historia clínica dada en virtud del parto detallan que su última menstruación se dio el 9 de enero de 2021, con lo que se puede presumir la fecha probable de su embarazo, aunado a que de la historia clínica emitida por la Clínica Cedes de esta ciudad, con fecha de inicio 6 de octubre de 2021, se detalla que la accionante llega al parto con 40 semanas de gestación, de acuerdo con el archivo de demanda que se encuentra en el sistema digital TYBA, es decir, que se presume que quedó embarazada en enero de 2021. Posteriormente, dio a luz el 6 de octubre de 2021. Ver imagen:

Nombre Paciente: **KEISA ELENA EPIAYU MENGUAL**  
 Identificación: CC 1193220927  
 Fecha nacimiento: 31/05/1997  
 Teléfono: 3126160697  
 Sexo: Femenino  
 Edad: 24 Años  
 Dirección: MAYAPO

**RESPONSABLE:** NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.  
 H.C. URGENCIAS GINECO OBSTETRICIA  
 06/10/2021 08:58:00 BRAYANA YHILMETRIS VEGA IGUARAN (MEDICINA GENERAL) -REG Nro: 1118859341

**MOTIVO DE CONSULTA:** "TENGO DOLORS"  
**ENFERMEDAD ACTUAL:** PACIENTE DE 24 AÑOS DE EDAD, EL, CON EMBARAZO DE 40.2 SEMANAS POR ECO DE III TRIMESTRE I, INGRESA POR CUADRO DE 1 DÍA DE EVOLUCION DADO POR DOLOR ABDOMINAL TIPO COLICO EN HIPOGASTRIO QUE SE IRRADIA HALL REGION LUMBAR DE MODERADA INTENSIDAD ACOMPAÑADO DE SALIDA DE TAPON MUCOSO Y LIQUIDO CLARO QUE MOJA INTERIOR, ESCASA A MODERADA CANTIDAD; NIEGA SANGRADO VAGINAL, NIEGA OTROS SINTOMAS; NIEGA SINTOMAS RESPIRATORIOS.

**SIGNOS VITALES DESDE TRIAGE:** T.A. SISTOLICA/194 T.A. DIASTOLICA/68 T.A. MEDIA:83,00  
 TPC: 36,3 EC: 88 FR: 17 Talla(cm): 157 Peso(kg): 54 IMC: 25,96  
 Clasif: A - TRIAGE 2 SatO2(%) 100 Paciente en condición de Discapacidad: SI Glasgow: 15  
 Atención Inicial: (dolor de parto + sangrado vaginal) manifestó la paciente

**REVISIÓN POR SISTEMAS**  
**SÍNTOMAS GENERALES:** LO DESCRITO  
**ANTECEDENTES FAMILIARES:** NIEGA  
**ANTECEDENTES PERSONALES:** PATOLÓGICOS: NIEGA  
 FARMACOLÓGICOS: NIEGA  
 ALÉRGICOS: NIEGA  
 OX: NIEGA

**ANTECEDENTES GINECOLÓGICOS**  
**Menarquia:** 12.00 años  
**Ciclos:** REGULAR  
**Inicio de vida sexual:** 22 años  
**Número de parejas sexuales:** 1  
**Enfermedades de transmisión sexual:** NO  
**Uso de anticonceptivos:** NO TIPO DE ANTICONCEPTIVOS: INYECCIONES  
**ANTECEDENTES OBSTETRICOS**  
**Grávida:** 1,00  
**Fecha último parto o cesárea:** 6/10/2021  
**INFORMACIÓN EMBARAZO ACTUAL**  
**Embarazo simple:** SI  
**Fecha última regla (FUR):** 9/01/2021  
**Edad gestacional X FUR:** 38,005seeb

Con posterioridad al parto, la accionante (dependiente) solicitó a la accionada para el caso su empleador el 16 de noviembre de 2021, el pago de la licencia de maternidad equivalente a ciento veintiséis (126) días, petición que se sirvió aportar a este expediente tutelar.

Por su parte el empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, con el informe alega que presento la solicitud ante la EPS (Nueva E.P.S.) de pago de la licencia de maternidad equivalente a ciento veintiséis (126) días, solicitud que se sirvió aportar a este expediente tutelar. Ver imagen:



Por su parte la accionante ante la falta de pago de su licencia de maternidad solicitó esta ante NUEVA EPS, recibiendo como respuesta el 11 de diciembre de 2021, en la que se le informa que existe una evidencia de la transcripción de la incapacidad No 7398455 de fecha 6 de octubre de 2021, emitida a la afiliada la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, identificada con cedula de ciudadanía 1193220927 la cual no registra solicitud de pago, por lo que la invitaron a radicar la solicitud en debida forma a través de sus canales de atención.

Petición que es reiterada y, en respuesta otorgada el 24 de febrero y 10 de marzo de 2022, dirigidas a la accionante, se le informa que para proceder con el pago de la licencia de maternidad 7398455, del afiliado Keysa Elena Epieyu Mengual identificado(a) con documento de identidad No. 1193220927, es necesario remitir los siguientes documentos por canales no presenciales Chat con Eva, Video Atención o con Cita en Oficinas dirigidos a la Dirección de Gestión Tributaria.

- Certificado de Existencia y Representación Legal con vigencia no mayor a 30 días - Fotocopia de RUT del empleador.
- Fotocopia del documento de identidad del representante legal.
- Certificación bancaria de una cuenta a nombre de la empresa adscrita a la Red ACH con vigencia no mayor a 90 días.

En atención a lo arriba dispuesto, es decir a que Nueva E.P.S. y su empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, han negado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la señora Keysa Elena Epieyu Mengual instauró acción de tutela en contra de dicha entidad y el empleador, con el fin de proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas y, en consecuencia, pide que se ordene a las accionadas el pago de la prestación económica a la que alega tiene derecho.

De acuerdo con las normas y la jurisprudencia aplicable para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad ya enunciadas en esta providencia en el acápite de normas y jurisprudencias aplicable al caso en estudio, el Despacho entrará a determinar si la negativa de Nueva E.P.S. y/o su empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, a reconocer las prestaciones correspondientes, vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora afiliada Keysa Elena Epieyu Mengual.

El Decreto 780 de 2016 estableció unos parámetros para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por la accionante. En cuanto al reconocimiento de la licencia de maternidad, se requiere haber cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud algún número de semanas durante el periodo de gestación.

Esta misma norma, en el artículo 2.1.9.1. dispone que durante los periodos de suspensión por mora no habrá reconocimiento de prestaciones económicas salvo que, la E.P.S. se haya allanado a la mora, es decir que, teniendo a su disposición mecanismos de cobro coactivo al empleador moroso no hizo uso de ellos. Por esta razón, no puede afectar al afiliado quien es la parte débil de la relación contractual.

En el caso objeto de estudio, este Despacho encuentra que la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, cumple con los presupuestos establecidos en el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento y pago proporcional de la licencia de maternidad, más aun cuando está demostrado que las accionadas están indiligando la responsabilidad la una en la otra y la que está sufriendo la carga administrativa sin que sea su deber legal hacerlo, es la accionante, incumpliendo tanto empleador como EPS con los deberes normativos, esto porque la accionante cumple con:

(i) *“estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de Cotizante”*, toda vez que la accionante de acuerdo con la certificación de afiliación y pago de aportes anexo por la propia EPS se afilió a Nueva EPS, como cotizante desde mayo de 2021, aunado al hecho de la EPS manifestó claramente que cotizó 173 días (25 semanas aproximadamente) de su periodo de gestación;

(ii) *“haber cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud algún número de semanas durante el periodo de gestación”*, la actora dice haber realizado como cotizante aportes al sistema de salud desde el mes de abril de 2021, de acuerdo a la documental aportada por las partes, se comprueba que lo hizo desde mayo de 2021 hasta enero del 2022, lo que la EPS confirma en su informe, detallando el pago hasta el mes de octubre, mes en el cual se dio el parto de la accionante (6-10-2021), es decir, la accionante durante el periodo de gestación (40 semanas) teniendo en cuenta la historia clínica que ella misma anexa, cotizó un promedio de 6 meses, de los cuales del periodo de gestación fueron alrededor de 25 semanas. Se adjunta imagen aportada por la EPS.

En lo que respecta del sustento de la EPS de mora en algunos de los aportes, este Despacho observa que no obra en el expediente de tutela, documento alguno que compruebe que Nueva EPS haya requerido a la señora accionante o a su empleador para el pago de algún periodo adeudado durante la gestación y hasta la fecha de causación de la prestación, es decir, a la fecha de inicio de la licencia de maternidad 6-10-2021. Esta situación corrobora que si los pagos fueron extemporáneos la EPS demandada se allanó a la mora de dichos rubros y, por tanto, le corresponde reconocer el pago de las prestaciones económicas causadas para el caso la licencia de maternidad con fecha de inicio 6-10-2021 y fecha final 8-02-2022, a favor de la señora Epieyu Mengual.

El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con fecha de inicio 6-10-2021 y fecha final 8-02-2022, a favor de la señora Epieyu Mengual, se dará bajo los parámetros jurisprudenciales, es decir:

*“En lo que respecta al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Sala reitera que, según la jurisprudencia constitucional, dicha prestación representa el ingreso con el que cuenta la mujer trabajadora para atender su subsistencia y la del recién nacido para la época del parto. En este sentido, si la trabajadora no cotizó durante todo el tiempo de la gestación, la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.”*

En el caso *sub examine*, este Despacho encuentra que, de la documental aportada se extrae que la fecha de afiliación de la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, fue mayo de 2021, no obstante, la EPS afirma que cotizó 173 días (aproximadamente 25 semanas) del periodo de gestación, por lo que, aun si se cuenta el término teniendo en cuenta lo informado por la EPS que es un término más amplio, la accionante dejó de cotizar aproximadamente, más de dos (2) meses de embarazo; esto al tenerse en cuenta que de acuerdo con la historia clínica llego al parto con 40 semanas de gestación. Por lo que se concluye que el pago de su licencia debe ser proporcional.

## **6. Decisión.**

De acuerdo con lo anterior, la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, tiene derecho al pago proporcional de la licencia de maternidad. Así las cosas, este Despacho advierte que la negativa de Nueva E.P.S., de pagar a la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, la licencia de maternidad, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante, pues si bien, le otorga respuesta a su petición de pago de la misma, en la misma le solicita una documental que no está en ella poder aportarla, pues es de dominio del empleador, aunado al hecho de que el empleador aporta prueba de que esos documentos presuntivamente fueron aportados con la solicitud del 16 de noviembre de 2021, de la que dice no obtuvieron

respuesta y la EPS si bien afirma que brindo respuesta al empleador solicitando unos documentos no aporta prueba de esa respuesta, de manera que, se tiene unas alegaciones administrativas sin pruebas entre los accionados que perjudican a la accionante, pues no ha podido recibir el pago de su licencia de maternidad, por lo que se considera que el empleador también está vulnerando sus derechos.

Por lo tanto, este Despacho concederá el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela promovida por Keysa Elena Epieyu Mengual, contra Nueva E.P.S., y la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Samaipa, respecto del reconocimiento y pago proporcional de la licencia de maternidad.

En consecuencia, se ordena a Nueva EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones administrativas pertinentes y necesarias para el reconocimiento y cancelación de la Licencia de Maternidad a la cual tiene derecho la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, sin dilaciones injustificadas, pues deberá respetar el término legal que ha establecido la norma para el trámite y pago de las licencias de maternidad. Para ello podrá requerir en caso de necesitar algún documento para el trámite y pago de la licencia al empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, quien deberá dentro del término de ley aportar los mismos.

Aclarándose que la licencia de maternidad ordenada en este fallo de primera instancia, de acuerdo con las pruebas obrante a este expediente de tutela, se deberá pagar de manera proporcional a las semanas cotizadas durante el periodo de gestación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, correspondiente a los periodos comprendidos entre abril o mayo de 2021 (es decir, para ello Nueva EPS, deberá precisar con certeza la fecha de afiliación y con ello de inicio de pago de los aportes de conformidad con las leyes que regulan la materia) al 6 de octubre de la misma anualidad, fecha del parto. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

Advirtiéndose a la empleadora Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, que la orden de reconocimiento y pago se le da para su trámite y pago directo a Nueva EPS, por sede de tutela, en virtud de su interposición. No obstante, en lo sucesivo como empleadores deben acatar la ley artículo 121 del Decreto 019 del 2012, pues se reitera, la disputa entre el empleador y las entidades del Sistema de Seguridad Social no puede afectar a quien tiene de manera indiscutible el derecho, para el caso el trabajador, como lo ha señalado la Corte, esta disputa y la carga que ella conlleva, de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital no puede perjudicar al afiliado.

Niéguese por improcedente el amparo invocado por la accionante del derecho a la estabilidad laboral reforzada respecto de las pretensiones de la actora Keysa Elena Epieyu Mengual, que buscaban que al empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa le cancele el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral dejados de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, por gozar en su decir de estabilidad laboral reforzada por maternidad. Así como el pago de sesenta días de salarios como indemnización por despido de la accionante. Pues el Despacho, no encontró en el expediente tutelar prueba de que se cumplan los requisitos constitucionales para que subsidiariamente este Despacho pueda entrar a dirimir esta clase de asuntos legales – laborales, a través de esta acción constitucional, por lo que se considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad para esta clase de pretensiones.

Niéguese la solicitud subsidiaria de Nueva EPS de que en caso de concederse el amparo solicitado se ordene el recobro, ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en un ciento por ciento (100%); a fin de obtener los sobre costos generados por el servicio que se le brindará a la actora, a la mayor brevedad posible dentro de lo previsto en el reglamento de pago. Pues para ello la EPS cuenta con una normatividad legal, que le permite realizar el trámite solicitado por esta acción de tutela, que al ser de carácter económico no es el mecanismo para ordenarlo.

En mérito a lo expuesto se,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: TUTELAR** el amparo invocado por la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, respecto de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, en contra de Nueva E.P.S.,

y la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, respecto del reconocimiento y pago proporcional de la licencia de maternidad 7398455.

**SEGUNDO: ORDENAR** a Nueva EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces y/o sea el competente para el caso el Dr. Cesar Alfonso Grimaldo Duque, Director de Prestaciones económicas, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones administrativas pertinentes y necesarias para el reconocimiento y cancelación proporcional de la Licencia de Maternidad a la cual tiene derecho la señora Keysa Elena Epieyu Mengual, sin dilaciones injustificadas, pues deberá respetar el término legal que ha establecido la norma para el trámite y pago de las licencias de maternidad. Para ello podrá requerir al empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, si aún no lo ha hecho, en caso de necesitar algún documento para el trámite y pago de la licencia, quien deberá dentro del término de ley aportar los mismos, sin dilatación alguna. Lo anterior, por las razones expuestas en esta sentencia. Comunicar el cumplimiento del fallo.

Aclarándose que la licencia de maternidad ordenada en este fallo de primera instancia, de acuerdo con las pruebas obrante a este expediente de tutela, se deberá pagar de manera proporcional a las semanas cotizadas durante el periodo de gestación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, correspondiente a los periodos comprendidos entre abril o mayo de 2021 (es decir, para ello Nueva EPS, deberá precisar con certeza la fecha de afiliación y con ello de inicio de pago de los aportes de conformidad con las leyes que regulan la materia) al 6 de octubre de la misma anualidad, fecha del parto. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

Advirtiéndose a la empleadora Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, que la orden de reconocimiento y pago se le da para su trámite y pago directo a Nueva EPS, por sede de tutela, en virtud de su interposición. No obstante, en lo sucesivo como empleadores deben acatar la ley artículo 121 del Decreto 019 del 2012, pues se reitera, la disputa entre el empleador y las entidades del Sistema de Seguridad Social no puede afectar a quien tiene de manera indiscutible el derecho, para el caso el trabajador, como lo ha señalado la Corte, esta disputa y la carga que ella conlleva, de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital no puede perjudicar al afiliado.

**TERCERO: NIÉGUESE** por improcedente el amparo invocado por la accionante del derecho a la estabilidad laboral reforzada respecto de las pretensiones de la actora Keysa Elena Epieyu Mengual, que buscaban que al empleador Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa se le ordene que le cancele el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral dejados de percibir desde octubre de 2021 hasta abril de 2022, fecha que comprende el periodo de lactancia, gozando de estabilidad laboral reforzada por maternidad. Así como el pago de sesenta días de salarios como indemnización por despido de la accionante. Pues el Despacho, no encontró en el expediente tutelar prueba de que se cumplan los requisitos constitucionales para que subsidiariamente este Despacho pueda entrar a dirimir esta clase de asuntos legales – laborales, a través de esta acción constitucional, por lo que se considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad para esta clase de pretensiones.

**CUARTO: REQUERIR** al representante legal o quien haga sus veces y/o sea el competente para dar cumplimiento a este fallo, en la Entidad Promotora de Salud Nueva E.P.S., y la Unión Temporal Supulaa Anain Wayuu Suluu Sumaipa, para que no vuelvan a incurrir en la omisión que dio mérito para conceder esta tutela, so pena de hacerse acreedor a las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** la presente decisión en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y si no fuere impugnada, remítase por Secretaría para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

El Juez,

**CÉSAR ENRIQUE CASTILLA FUENTES**

**Firmado Por:**

**Cesar Enrique Castilla Fuentes  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Civil 001  
Riohacha - La Guajira**

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:

**40c2b994cca40841f890314e9bdd2e17056db9989c8e9c1c7ef67ec638cc40ed**

Documento generado en 02/05/2022 02:36:24 PM

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