



Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, seis (6) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

REFERENCIA: RADICACIÓN 44-001-40-03-001-2023-00102-00.- Acción de tutela promovida por la señora **MARIA MERCEDES USTATE VALERA** contra **NUEVA EPS**.

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 parte accionante, alegando, se transcriben sus hechos:

“PRIMERO. Me encuentro afiliada como trabajadora independiente a la empresa prestadora de servicios médicos NUEVA EPS, en salud, siendo atendida por remisión de dicha EPS en la CLINICA CEDES DE LA CIUDAD DE RIOHACHA con la novedad de parto, naciendo la menor MARIA LAURA COTES USTATE por parto cesárea el día seis (06) de junio de 2023; expidiéndose el certificado de incapacidad por licencia de maternidad por 126 días según se observa en dicha incapacidad expedida por el médico tratante. Cabe destacar que, durante los últimos 4 meses de gestación, estuvo afiliada a dicha EPS por lo cual tiene derecho a todos los beneficios de orden económico y asistencial de manera proporcional.

SEGUNDO. El día once (11) de julio de 2023, de manera formal y siguiendo los parámetros legales realice radicación de la incapacidad directamente a la oficina de dicha entidad, teniendo en cuenta que no podía hacerlo por la sucursal virtual en la dependencia de incapacidades y licencias solicitando el pago de la licencia de maternidad, con sus anexos respectivos, el cual ellos me responden enviándome un numero de radicado número 3877941 la cual fue debidamente transcrita por la entidad (la cual se anexa)

TERCERO. Posteriormente habiendo pasado más de los 15 días hábiles al ver que no me llegaba ninguna respuesta al correo electrónico, me decidí llamar y preguntar el por qué no me habían dado respuesta el cual la persona que la atendió me manifestó que habían copiado el correo mal, pero me leyeron la respuesta en el sistema, diciéndole que la solicitud había sido rechazada porque no estaba al día o se había pagado de manera extemporánea con el mes de junio de 2023 y al momento de realizar el pago no fue objetada por la EPS, allanándose a la mora y aceptando el pago.

CUARTO. Expreso que me encontraba incapacitada días previos y no podía moverme por lo complicado de mi embarazo, incapacidad que expide la misma EPS, realizando el pago el día diez (10) de junio de 2023 posterior al parto y a la fecha límite de pago.

QUINTO. Mi incapacidad fue negada, mediante respuesta dada el día veinticinco (25) de julio de 2023, aduciendo que no se reconocía el pago de la misma teniendo en cuenta el incumplimiento antes mencionado, lo cual vulnera múltiples derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital y la seguridad social y a una vida digna, como consecuencia de la negatividad ya han transcurrido 2 meses y 17 días desde la expedición de la incapacidad.

SEXTO. Cabe resaltar que el tiempo que he cotizado en salud en la NUEVA EPS, es de los últimos 9 meses del periodo de gestación, y uno después del parto para un total de 10, periodo donde se cotizo de manera correcta por mi parte de manera independiente, de acuerdo a lo regulado por el acuerdo número 414 de 2009 y la reiterada jurisprudencia de la corte constitucional, la EPS se encuentra obligada a cancelarme la licencia de maternidad en forma proporcional al tiempo cotizado.

SÉPTIMO: Es importante mencionar que he recibido correos despectivos por parte de la NUEVA EPS donde me exhortan a realizar el pago de manera inmediata so pena de retirarme, estando en licencia de maternidad que ellos deben de pagar y que hasta el momento no han realizado.

OCTAVO: Es de aclarar que soy madre cabeza de familia de dos menores de diez (10) años y la recién nacida nates mencionada, que dependo única y exclusivamente de mi empleo como trabajadora independiente desarrollándome en mi profesión como abogada.

NOVENO: Es de anotar que los primeros meses de embarazo estuve incapacitada por ser de alto riesgo y LA NUEVA EPS, pese a las constantes llamadas y citas reiterando mi estado hizo caso omiso omitiendo mi incapacidad y los tratamientos que debí hacerme.”

Con fundamento en los hechos relacionados, la accionante María Mercedes Ustate Valera, solicitó la protección de los derechos al mínimo vital, seguridad social y la vida digna; en consecuencia, se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la Nueva EPS, cancelar la licencia de maternidad teniendo como salario base de cotización la suma de un millón seiscientos mil pesos M/CTE (\$1.600.000)

Con la solicitud de tutela se aportan unos documentos en copia;

1. Nacido vivo del menor expedido el 6 de junio de 2023.
2. Registro civil de nacimiento de la menor.
3. Historia clínica expedida con ocasión del parto de la actora.
4. Incapacidad por licencia de maternidad expedida por el médico tratante Ginecólogo desde el 6 de junio de 2023 hasta el 9 de octubre de 2023.
5. Pantallazo de la solicitud realizada el día 11 de julio de 2023, pago de licencia de maternidad incapacidad No 9268676.
6. Pantallazo de la respuesta dada el día 25 de julio de 2023 bajo consecutivo VO- GRC-DPE-2104262-23
7. Cedula de ciudadanía de la actora.
8. Pantallazo de las cotizaciones en salud de los 9 meses cotizados
9. Certificado bancario.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Trámite y contestación.

La solicitud de tutela fue admitida mediante providencia del día veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En el auto arriba mencionado el Despacho requirió a la entidad accionada Nueva EPS para que rindieran un informe detallado de los hechos que dieron origen a la presente tutela, EPS que presenta informe a través de apoderada, del que se destaca:

Afirma 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, del que afirman, se encuentra a cargo del proceso para el cumplimiento del presente fallo de tutela. Su superior jerárquico es el Dr. Seird Núñez Gallo, Gerente de Recaudo y Compensación, que alegan, se encuentra realizando el respectivo seguimiento para el cumplimiento del presente caso, personas que son las encargadas del cumplimiento a los fallos de tutelas emitidos por la zonal Guajira.

En segundo lugar, respecto del caso en estudio, la usuaria María Mercedes Ustate Valera CC. 1098701803 registra afiliación en Nueva EPS S.A., y se encuentra en el régimen contributivo en estado activo como cotizante, por lo que tiene acceso a toda la atención bajo las condiciones y coberturas del Plan Básico de Beneficios en Salud.

Se expresa que, el área de prestaciones económicas realizó evaluación del caso, encontrando que el aportante independiente, solicitó el pago de la licencia de maternidad No. 9268676, a través de su portal WEB el 27 de julio de 2023, la Dirección de Prestaciones económicas, emitió respuesta mediante el comunicado VO-GRC-DPE-2117340 el 10 de agosto de 2023, al correo jenvio02@hotmail.com, se transcribe:

“En alcance a la respuesta emitida el día 25/07/2023, bajo el consecutivo VO-GRC-DPE2104262-23, le informamos que el aporte correspondiente al periodo de junio 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora.

Mes de cotización: junio 2023.

Fecha Límite de Pago: 05/07/2023

Fecha de pago: 10/07/2023

N° de planilla: 26667289

Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 9268676 a nombre del afiliado María Mercedes Ustate Valera identificado con número de cedula 1098701803, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de Julio de 2022, el cual establece lo siguiente:

...” Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar...”

Es adecuado mencionar que, mediante notificación preventiva y notificación correctiva, se informó a su entidad sobre las fechas oportunas para el pago de cotizaciones, las cuales debían ser canceladas a través del operador de información en las fechas estipuladas en el Decreto 923 de 2017.

Tenga en cuenta que para efectuar el reconocimiento económico por concepto de incapacidades y licencias usted debe encontrarse al día en el pago de sus aportes en virtud de lo establecido en la siguiente normatividad: - Artículo 80 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998 - Artículo 71 y 73 Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015”

En virtud de lo anterior, Nueva EPS solicita respetuosamente, se transcribe:

“Denegar las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la presente acción constitucional, al no evidenciarse el cumplimiento del principio de Subsidiaridad de la acción de tutela, ya que el accionante no demuestra haber agotado todos los medios ordinarios de defensa, que se encuentran establecidos y asignados a la jurisdicción laboral, para reclamar pago de prestaciones económicas, y que excluye la posibilidad de usar la acción de tutela como primera opción ya que resulta improcedente.

Denegar las pretensiones de la afiliada por constituirse en mora en el pago de aportes, el cual debía ser cancelado 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 ser concedida, con el debido respeto se solicita adicionar en la parte resolutive del fallo, en el sentido de facultar a la Nueva EPS S.A., recobrar ante la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), según se colige del art. 6º y su respectivo párrafo de la Resolución 71842 de 2022 (Por la cual se definen las especificaciones técnicas y operativas para la liquidación y reconocimiento de prestaciones económicas a favor de las EPS y EAS en el régimen contributivo y de los aportantes respecto a afiliados a los regímenes especiales o de excepción con ingresos adicionales y, se dictan otras disposiciones), expedida por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), reembolsar, de acuerdo a lo reglamentado respecto al cobro de licencias origen común,

maternidad y paternidad en el régimen contributivo por parte de las EPS a la ADRES, el cual se encuentra reglamentado en los artículos 2.1.13.5 y 2.6.1.1.2.1.0., del Decreto número 780 de 2016, todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que estén condicionados en el marco del procedimiento de reconocimiento de toda prestación económica (origen común, licencias de maternidad, licencias de paternidad)”.

Con el informe se presenta en copia:

Poder para actuar.

Certificado del Registro de Aportes por Concepto de Cotizaciones al SGSSS, desde 01/01/2022 al 01/08/2023, con un ingreso base de cotización para junio del año 2023 de \$1,600,000 (fecha de inicio de la licencia de maternidad) cotizante Ustate Valera María Mercedes, cedula de Ciudadanía 1098701803.

Certificado de incapacidades, entre ellas, la licencia de maternidad.

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.

En el caso bajo estudio, la accionante interpuso acción de tutela contra Nueva EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, debido a que tal entidad le negó la solicitud de pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento de que no cotizó todo el periodo de gestación en debida forma, EPS que alego que, el aporte correspondiente al periodo de junio 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora, para ser exactos el mes de cotización junio 2023, se alega fue pagado extemporáneamente, pues tenía como fecha límite de pago: 05/07/2023 y la fecha de pago fue: 10/07/2023.

De acuerdo con la situación planteada, le corresponde al Despacho determinar, primero, si la acción de tutela es procedente. De ser así, deberá resolver el siguiente problema jurídico, establecer si Nueva EPS vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna de la accionante, al negarle el pago de la licencia de maternidad por presentarse un presunto pago extemporáneo del último aporte durante la gestación, para el caso junio de 2023.

Previa decisión del problema jurídico, se analizará la jurisprudencia aplicable al caso y los requisitos de procedencia del amparo constitucional.

3.- Jurisprudencia aplicables al caso.

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, el reconocimiento de la licencia de maternidad a pesar de la interrupción de las cotizaciones durante el periodo de gestación y el allanamiento a la mora de las EPS. Reiteración jurisprudencial.

3.1 Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad.

El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “*especial asistencia y protección del Estado*” durante el embarazo y después del parto. En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad. Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer después del parto materializa los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución social, y los derechos a la vida digna y al mínimo vital de ella y su hijo.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa 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 de su hijo o hija. Así, esta prestación cubre 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, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento.

3.2 La interrupción de cotizaciones durante el periodo de gestación.

El artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 señala en su inciso primero que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad está sujeto a que “*la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación*”. No obstante, el inciso segundo prevé el pago proporcional a los días cotizados si se trata de trabajadoras independientes o, en el caso de las trabajadoras dependientes, si inició una vinculación laboral durante el periodo de gestación. En una línea similar, la posición de esta Corporación ha sido que la falta de cotización de todos los periodos durante la gestación:

“no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido”

Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado 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.

3.3 Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Sentencia T-526/19.

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

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los 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 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. Legitimación en la causa por activa y Pasiva.

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, teniéndose en cuenta que la acción de tutela fue presentada por la señora María Mercedes Ustate Valera, en nombre propio, quien es la persona cuyos derechos fundamentales presuntamente han sido vulnerados por el accionar de la entidad accionada que es la encargada de reconocerle y pagarle la incapacidad por licencia de maternidad, EPS en la que se encuentra afiliada en salud como cotizante, este Despacho encuentra satisfecha la legitimación en la causa por activa de la accionante para interponer la presente acción de tutela. Se reitera, la actora es la titular de los derechos cuya protección solicita en el recurso de amparo.

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.

En el caso concreto, se reitera, la parte actora dirigió la presente acción contra la entidad Promotora de Salud Nueva EPS, en la que se encuentra afiliada en el régimen contributivo como cotizante independiente, EPS que negó el reconocimiento y pago total o parcial de la licencia de maternidad de la actora, y está claro que “[l]a obligación de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recae en las EPS”. Además, las diferentes salas de revisión de la Corte Constitucional han ordenado de forma pacífica y constante el pago de licencias de maternidad directamente a las EPS, aun cuando se trata de trabajadoras dependientes, más aún respecto de trabajadoras independientes, por lo tanto, es claro que Nueva EPS está legitimada en la causa por pasiva.

4.2. Requisito de inmediatez, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela se puede interponer “*en todo momento*” y, por ende, no tiene término de caducidad. No obstante, de su naturaleza como mecanismo para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales, afirman se puede establecer que su finalidad es dar una solución de carácter urgente a las situaciones que puedan generar una vulneración o amenaza a derechos fundamentales. En tal sentido, ese Tribunal ha establecido que, para que se entienda cumplido el requisito de inmediatez en la interposición de una acción de tutela, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias del caso para determinar si existe un plazo razonable entre el momento en el que se interpuso el recurso y en el que se generó el hecho u omisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante. Además, para el pago de licencias de maternidad, esa Corporación ha exigido que la acción de tutela se presente dentro del año siguiente al nacimiento¹.

En esta oportunidad, se tiene que la acción de tutela es interpuesta en el decir de la parte actora, porque ante el nacimiento de su hija el día 6 de junio de 2023, presentó ante su EPS el día 11 de julio del año en curso, solicitud de pago de la licencia de maternidad autorizada mediante N° 0009268676, no obstante, le fue negada el 25 del mismo mes y año, por presunto pago extemporáneo del mes de junio de 2023, por lo que presentó acción de tutela el 25 de agosto del año 2023 a las 3:43:42 p.m. Transcurriendo así menos de tres (3) meses entre el nacimiento de la menor (06/06/2023) y la presentación de la solicitud de amparo (25/08/2023), tiempo que resulta razonable y cumple con el exigido por la jurisprudencia constitucional.

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*”.

¹Sentencias T-1062 de 2012

En materia del reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad, la Corte Constitucional, ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad². Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su hijo o hija, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.

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

Siguiendo con lo expuesto, observa el Despacho que, en el caso bajo estudio de las pruebas obrantes en el expediente, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para reclamar el pago de la licencia por maternidad por la afectación al mínimo vital, al tenerse en cuenta que:

La accionante declaró bajo juramento en su escrito de tutela, en el numeral "*OCTAVO: Es de aclarar que soy madre cabeza de familia de dos menores de diez (10) años y la recién nacida antes mencionada, que dependo única y exclusivamente de mi empleo como trabajadora independiente desarrollándome en mi profesión como abogada*". Además, Nueva EPS no controvertió esta declaración con otros elementos probatorios sobre la situación socio-económica de la accionante. Al respecto, la Sentencia T-503 de 2016 estableció que, en materia de licencias de maternidad, la sola afirmación de una vulneración al mínimo vital es suficiente para presumir su veracidad con el fin de proteger a los niños y niñas. En este sentido, la EPS que niega la solicitud es quien tiene la carga de demostrar que no existe una vulneración al mínimo vital con base en las condiciones personales de la afiliada.

Así las cosas, resulta procedente este mecanismo de amparo constitucional, en estos términos, la acción de tutela de la referencia superó el examen de procedibilidad y, por ende, se pasa a estudiar el fondo del asunto.

5.- Caso concreto.

Superado el examen de procedibilidad de la acción, deberá resolverse el problema jurídico, que es establecer si Nueva EPS vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, tanto de la accionante, al negarle el pago de la licencia de maternidad por presentarse un presunto pago extemporáneo del último aporte durante la gestación, para el caso junio de 2023.

De la historia clínica aportada al expediente de tutela se evidencia que la paciente (accionante) ingresó a la Clínica Cedes Ltda., el día 06 de junio de 2023 con 38 semanas de embarazo, fecha en la cual tuvo lugar el nacimiento de su menor hija, aportando copia del nacido vivo y de su registro civil de nacimiento, siéndole otorgada por dicha IPS licencia de maternidad por 126 días, a partir del 6 de junio de 2023 hasta el 9 de octubre del año 2023. Se encuentra demostrado que Nueva EPS expidió a nombre de la accionante, certificado por licencia de maternidad con número de incapacidad.

² Sentencia T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Con posterioridad al parto, la accionante (cotizante independiente) solicitó el día 11 de julio de 2023 a la accionada Nueva EPS, el pago de la licencia de maternidad equivalente a 126 días, quienes dieron respuesta datada veinticinco (25) de julio de 2023 bajo consecutivo VO- GRC-DPE-2104262-23, negándosele por pago extemporáneo del mes de junio del 2023.

De manera específica, respecto de la solicitud de pago de licencia de maternidad, en el alcance a la respuesta emitida el día 25/07/2023, bajo el consecutivo VO-GRC-DPE2104262-23, Nueva EPS informa que el aporte correspondiente al periodo de junio 2023 fue cancelado de forma extemporánea, pues la fecha límite de pago era: 05/07/2023, y la fecha de pago fue: 10/07/2023 N° de planilla: 26667289. Por lo anterior, consideraron no era posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 9268676 a nombre del afiliado María Mercedes Ustate Valera, siguiendo lo establecido en el Artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de Julio de 2022, porque el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación no se realizó en el máximo de la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia.

Lo anterior, quiere decir, que es claro el motivo de Nueva EPS por el que se niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la señora María Mercedes Ustate Valera, *mora en el pago de su planilla de aporte al Sistema de Seguridad Social para el mes de junio de 2023, para el caso 5 días de mora*, sin desconocerse los otros meses de cotización que se dieron durante el periodo de gestación de la accionante.

Este Despacho debe decir que las razones expuestas por la EPS, solo son procedentes legalmente, si como la entidad obligada a reconocer y pagar la licencia de maternidad no se allana a la mora del trabajador independiente, utilizando los medios legales que tenían a su alcance para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. En el caso en estudio, se presume el allanamiento en mora por la Nueva EPS quien estaría obligada al pago de la prestación económica, pues si bien, se presume el pago extemporáneo de la cotización del mes de junio de 2023, mes en el que se dio inicio a la licencia de maternidad solicitada, también es cierto que, con el informe no aporta prueba de que hubiere efectuado las acciones que tenía a favor para el cobro de la(s) mesada(s) adeudada(s).

Siguiendo con el caso en estudio, la señora María Mercedes Ustate Valera, en los hechos afirma, se transcribe el aparte *“me encuentro afiliada como trabajadora independiente a la empresa prestadora de servicios médicos NUEVA EPS, en salud”*, hecho que fue confirmado por la parte accionada en su informe tutelar, se transcribe *“MARIA MERCEDES USTATE VALERA CC. 1098701803 registra afiliación en NUEVA EPS S.A., y se encuentra en el régimen CONTRIBUTIVO en estado ACTIVO como cotizante, teniendo acceso a toda la atención bajo las condiciones y coberturas del Plan Básico de Beneficios en Salud.”*

Aunado a ello, la accionante alega, se transcribe *“que el tiempo que he cotizado en salud en la NUEVA EPS, es de los últimos 9 meses del periodo de gestación, y uno después del parto para un total de 10, periodo donde se cotizo de manera correcta por mi parte de manera independiente”*. En el registro de aportes en salud *“Resumen Planilla Pagada”* allegado por la accionante se encuentra que la señora María Mercedes Ustate Valera, quien esta identificada con la cedula de ciudadanía 1098701803 ha realizado el pago de salud como independiente desde el mes de agosto de 2022 al mes de junio de 2023, del que se destaca en imagen el pago del mes de junio de 2023.



Certificación de Pago

Se certifica que la empresa, identificada con CC-1098701803 sucursal 0, canceló los aportes de seguridad social y parafiscales de la siguiente manera:

REFERENCIA POR TIPO DE PLANILLA	CÓDIGO ENTIDAD	NIT	NOMBRE ADMINISTRADORA	Nro. AFILIADOS	DÍAS MORA	COTIZACIÓN	INTERES	VALOR TOTAL
Periodo pensión: 2023-06	230301	800224808	PORVENIR	1	5	256.000	1.500	257.500
Periodo salud: 2023-06	EPS037	900156264	NUEVA E.P.S. S.A.	1	5	200.000	1.200	201.200
Planilla Nro.: 26667289 Tipo I	14-23	860011153	POSITIVA	1	5	8.400	100	8.500
Clase de aportante: I	SINCCF	0	SIN CCF	1	5	0	0	0
Fecha transacción: 2023-07-10	PASENA	899999034	SENA	0	5	0	0	0
Banco: BBVA	PAICBF	899999239	ICBF	0	5	0	0	0
Transacción: 37555361	PAESAP	899999054	ESAP	0	5	0	0	0
	PAMIED	899999001	MINEDU	0	5	0	0	0
GRAN TOTAL								\$ 467.200

En ese sentido, este Despacho encuentra que la señora María Mercedes Ustate Valera, se presume cumple con los presupuestos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, que son: (i) "estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de Cotizante". La accionante, de acuerdo con el estado de afiliación aportado por la accionada, se encuentra afiliada a Nueva EPS como cotizante independiente. (ii) "haber cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud algún número de semanas durante el periodo de gestación". De acuerdo con el certificado de aportes allegado por la accionada y accionante, se evidencia que la actora ha realizado, como cotizante independiente, aportes al sistema de salud desde el mes de agosto de 2022, de forma ininterrumpida, es decir, la accionante cotizó durante todo el periodo de gestación (38 semanas) hasta junio de 2023, lo que se argumenta por la EPS es que el no reconocimiento y pago es por mora, por ello se dio un pago extemporáneo en la cotización del mes de junio del año 2023.

Lo anterior, aunado a las reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación³, se encuentra que en este caso, si bien no se ha dado la interrupción de las cotizaciones, si se presume la mora en el pago de la cotización en seguridad social para el último mes de gestación junio de 2023, sin demostrarse por la EPS requerimiento por mora, pero en gracias de discusión, se trataría de un mes y la segunda regla para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad 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*. Si esa regla se da en casos de interrupción más aun en caso como el del estudio, que se dio la mora y se produjo su pago extemporáneo en un solo mes de cotización del periodo de gestación

Por lo expuesto, se concederá la protección de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social invocados por la señora María Mercedes Ustate Valera. En consecuencia, se ordena al Dr. **CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE**, director de Prestaciones económicas de NUEVA EPS y/o quien haga sus veces en **NUEVA EPS** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, pague la totalidad de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante María Mercedes Ustate Valera. Lo anterior, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Por último, se negará la solicitud subsidiaria de Nueva EPS de que en caso de concederse el amparo facultarlos a recobrar ante la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), según se colige del art. 6º y su respectivo párrafo de la Resolución 71842 de 2022. 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; TITELAR la protección de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social invocados por la señora **MARÍA MERCEDES USTATE VALERA** contra **NUEVA EPS**. Lo anterior, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Dr. **CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE**, director de Prestaciones Económicas de **NUEVA EPS** y/o quien haga sus veces en **NUEVA EPS** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, pague la totalidad de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante **MARÍA MERCEDES USTATE VALERA**. Lo anterior, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, Comunicar el cumplimiento del fallo.

TERCERO: REQUERIR al Dr. **CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE**, director de Prestaciones económicas de **NUEVA EPS** o quien haga sus veces y/o sea el competente para dar cumplimiento a este fallo, para que no vuelva 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

(Firmando Electrónicamente)
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: **16f071abfddf2a1c08276ebfbf9f081e24286a499925d587d0ae612f56b5ae77**

Documento generado en 06/09/2023 03:34:05 PM

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