

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 170 – SEGUNDA INSTANCIA N° 129
ACCIONANTE	ROSA BIANEY GARCÍA ROMERO
ACCIONADA	NUEVA EPS
RADICADO	81-001-31-04-001-2023-00170-01

Aprobado por Acta de Sala **No. 681**

Arauca (Arauca), veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por la **NUEVA EPS** en contra del fallo proferido el 12 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, Arauca, dentro de la acción de tutela que promovió **ROSA BIANEY GARCÍA ROMERO** contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

Refirió la accionante que su hija V.C.G. nació el 18 de febrero de 2023 en el Hospital San Ignacio de Bogotá, estando afiliada a la NUEVA EPS bajo el régimen *contributivo* como trabajadora *independiente*.

Enseguida solicitó al hospital expedir el *certificado de licencia de maternidad*, pues no contaba con otros ingresos y no podría laborar mientras se recuperaba del parto. El día 20 del mismo mes se le expidió la

¹ Cuaderno del Juzgado. 03EscritoTutela.

aludida incapacidad médica bajo el No. 48656, por el término de 126 días, es decir hasta el 23 de junio de 2023.

No obstante, el 15 de abril de 2023 la accionada le informó vía e-mail que no accedía al pago de la licencia de maternidad porque el “*periodo de febrero de 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora. (...) Fecha de pago:04/04/2023 (...)*”, es decir, pese a que reconocían haber recibido el pago correspondiente, al que se le incluyeron los intereses moratorios.

El 28 de agosto de 2023 radicó una nueva petición, con la misma finalidad, pero el 4 de septiembre le respondieron en idénticos términos. Por ello, el 7 de septiembre presentó un nuevo *derecho de petición* al respecto, sin que se hubiera dado respuesta a la fecha de presentación de la tutela.

Por lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna y petición, para que, en consecuencia, se ordene a NUEVA EPS que reconozca y pague la licencia de maternidad.

Aportó las siguientes pruebas²: **i)** cédula de ciudadanía de la accionante; **ii)** registro civil de nacimiento de su menor hija.; **iii)** certificado de licencia de maternidad emitido por el Hospital San Ignacio de Bogotá; **iv)** planillas de pago de seguridad social de mayo de 2022 a agosto de 2023; **v)** respuesta del 15 de abril de 2023; **vi)** soporte de envío y petición del 28 de agosto de 2023; **vii)** respuesta del 4 de septiembre de 2023; **viii)** soporte de envío y petición del 7 de agosto de 2023.

2.2. Sinopsis procesal

El 28 de agosto de 2023 la acción constitucional fue asignada por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca (A), el que mediante

² Cuaderno del Juzgado. 03EscritoTutela. F. 7 a 50.

auto del día siguiente³ la admitió contra NUEVA EPS y le corrió traslado de la demanda para que ejerciera sus derechos de contradicción y defensa.

Notificada la admisión, la entidad llamada al proceso se pronunció en los siguientes términos:

2.2.1. NUEVA EPS⁴

Confirmó que la accionante se encuentra afiliada en Salud a dicha entidad dentro del régimen contributivo, en calidad de cotizante.

En cuanto a la licencia de maternidad, citó en extenso la normatividad aplicable y señaló que se trataba de una prestación económica para cuyo reconocimiento la solicitante debía encontrarse al día en el pago de los aportes correspondientes, en virtud de lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 y los artículos 71 y 73 del Decreto 2353 de 2015, adjuntando un “*concepto técnico*” según el cual, el 14 de febrero de 2023 vencía el plazo para pagar la cotización de ese mes, pero se hizo hasta el 4 de abril del mismo año.

También manifestó que la acción resultaba improcedente por dirigirse en contra de una entidad particular ante una conducta legítima desplegada al negar el pago de la prestación reclamada, con base en las normas respectivas. Además, porque no se cumplían los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, ya que previamente la ciudadana debería acudir a un proceso ordinario ante la jurisdicción laboral, al no haber acreditado una amenaza o perjuicio irremediable de derechos fundamentales que ameritara el estudio constitucional.

Así las cosas, pidió que se negara por improcedente la acción; y subsidiariamente, en caso de que se concediera el amparo, facultar a la accionada para el recobro directo ante el ADRES del dinero que tuviera que pagar por dicho concepto.

³ Cuaderno del Juzgado. 04AutoAdmisorio.pdf.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEps.pdf.

2.3. La decisión recurrida⁵

Mediante providencia de 12 de octubre de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca (A) concedió la protección de los derechos fundamentales a la *seguridad social, igualdad y mínimo vital* de la accionante y, en consecuencia, dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS, por intermedio de su gerente zonal y/o representante legal o quien haga sus veces al momento de la notificación, para que en un término improrrogable de setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de la providencia, reconozca y pague la licencia de maternidad proporcional al IBC cotizado durante el periodo de gestación de la señora ROSA **BIANEY GARCIA (sic) ROMERO”**

Para fundamentar su decisión comenzó por precisar que si bien en principio la acción de tutela no es procedente para la reclamación de prestaciones económicas, según la jurisprudencia constitucional citada, tratándose de la licencia de maternidad se da una situación muy especial en la cual puede presumirse el riesgo latente para la madre y el recién nacido, dada su situación de vulnerabilidad y por ello se ha establecido que sí procede la vía constitucional siempre que la demanda se promueva dentro del primer año desde el nacimiento del menor y se evidencie la posible afectación de sus garantías fundamentales. Consideró cumplidos ambos aspectos de conformidad con las pruebas allegadas.

Luego constató en la página del ADRES que la accionante registra como afiliada activa en la NUEVA EPS, en el régimen contributivo y en calidad de cotizante independiente desde el mes de junio de 2021, y de las pruebas recaudadas que efectuó aportes durante todos los meses del período gestante, esto es, desde mayo de 2022 hasta la fecha del parto, e incluso los meses subsiguientes, para concluir:

“En consecuencia, la negativa o desconocimiento de la NUEVA EPS de no reconocer y cancelar la licencia de maternidad a ROSA BIANEY GARCIA (sic) ROMERO, pese a haber cotizado durante todo el periodo de gestación, y el mes posterior a éste, como bien se prevé de las pruebas aportadas por la accionante, vulnera los derechos fundamentales invocados por la actora, lo que conlleva a inferir sin lugar a dudas, conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Máximo Órgano Constitucional,

⁵ Cuaderno del Juzgado. 08FalloTutela.pdf..

la existencia de una vulneración al mínimo vital tanto de la madre como de su hija recién nacida de tan solo 8 meses de edad (nacido el 16 de febrero de 2023), máxime cuando se tiene de las pruebas aportadas por ésta que cotiza al Sistema de Seguridad Social como trabajadora independiente y que su IBC corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente, situación que corrobora la accionada NUEVA EPS S.A.S.”

2.4. La impugnación⁶

Inconforme con la decisión, la **NUEVA E.P.S.** la *impugnó*, para lo cual reiteró lo expuesto al contestar la demanda, pidiendo que se revoque el fallo de primer grado o, subsidiariamente, se adicione en cuanto al pretendido recobro directo de los valores a sufragar ante la ADRES.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó los derechos fundamentales de la accionante, o si, por el contrario, como lo sostiene la **NUEVA E.P.S.**, no es procedente el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por vía de tutela.

3.3. Examen de procedibilidad de la acción de tutela.

De manera preliminar verificará esta Sala si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad.

Sin necesidad de ahondar en mayores consideraciones, ha de señalarse que, en principio, se encuentran cumplidos algunos presupuestos generales para la procedibilidad de la acción de tutela, estando acreditados

⁶ Cuaderno del Juzgado. 12Impugnación.pdf.

la legitimación en la causa por *activa*⁷, por *pasiva*⁸, la *relevancia constitucional*⁹ y la *inmediatez*¹⁰.

Respecto al principio de *subsidiariedad* de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, ha fijado unos criterios específicos. Así, aunque la jurisprudencia 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 ante la lesión 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 su hijo, 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 materia¹¹.

Dicha colegiatura 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, tornan 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

⁷ La accionante ROSA BIANEY GARCÍA ROMERO promovió directamente esta acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales.

⁸ De la Nueva EPS, entidad a la cual está afiliada la accionante en salud.

⁹ El problema jurídico que se pretende resolver involucra derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social.

¹⁰ Por cuanto, es evidente que persiste la amenaza y vulneración de las garantías superiores denunciadas, ya que la Nueva EPS se negó a reconocer y pagar la licencia de maternidad a partir del 18 de febrero de 2023.

¹¹ Sentencia T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

el único ingreso que les permite solventar sus necesidades básicas.

En atención a lo anterior, se observa que en el caso bajo estudio la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para reclamar el pago de la licencia por maternidad por la afectación al **mínimo vital**, dado que la accionante manifestó que no tiene bienes ni ingresos para solventar sus gastos y los de su hijo.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. 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 maternidad¹². 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 Trabajo¹³. 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

¹² “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. Este instrumento internacional fue ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

¹³ La versión vigente de esta disposición es la prevista por la Ley 2114 de 2021, expedida el 29 de julio de 2021, que contempla una licencia de 18 semanas en la época del parto. El periodo de licencia de maternidad de la accionante fueron las 18 semanas (126 días) transcurridas entre el 8 de enero y el 13 de mayo de 2023.

recuperación física de la madre y al cuidado del infante. 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 del menor. Así, esta prestación cubija 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.

Ahora bien, esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, especialmente consagrados en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017:

*«i) 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.** || ii) 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. || iii) 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».*

Por su parte, el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022 «*Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*», dispone que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

A su turno, el artículo el artículo 2.2.3.2.3 establece que «*Cuando la trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas:*

1. **Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.**
2. *Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos, procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación».*

Al respecto, la Corte Constitucional tiene decantado 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»¹⁴.

3.5. Caso concreto

En el caso bajo estudio se pudo verificar que la accionante se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, en calidad de cotizante - trabajadora independiente, está al día en todos sus pagos, pues registra aportes ininterrumpidos que cubren todo su periodo de gestación¹⁵ y que el 18 de febrero de 2023¹⁶ dio a luz a su hija, por lo que su médico tratante le expidió una licencia de maternidad por 126 días.

Asimismo, está acreditado que la NUEVA EPS se negó a reconocer y pagar la licencia de maternidad, conforme dan cuenta las respuestas dadas a la accionante el 15 de abril y 4 de septiembre de 2023, y lo aceptó al

¹⁴ Sentencia T-837 de 2010. Reiterado en las sentencias T-092 de 2016, T-503 de 2016.

¹⁵ Cuaderno del Juzgado. 03EscritoTutela. F. 11 a 27.

¹⁶ Cuaderno del Juzgado. 03EscritoTutela. F. 10

descorrer el traslado de rigor, cuando manifestó que ello obedeció al pago extemporáneo de la cotización del mes de febrero de 2023, e incluso hizo caso omiso de una tercera solicitud, siendo las razones que finalmente la llevaron a interponer esta acción de tutela.

El juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales de la accionante y le ordenó a NUEVA EPS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad respectiva, pero esa decisión fue impugnada por la accionada al insistir en que no está causada la prestación por el pago extemporáneo de un periodo de cotización durante el periodo de gestación.

Pues bien, aunque se trata de un tema decantado y recurrente, la Sala debe reiterar 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 en la época posterior al parto.

En el asunto, según se constató, la accionante está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante y realizó todos los aportes durante los meses que correspondieron al período de gestación de forma oportuna, salvo el periodo de febrero de 2023, cuyo pago se registró el 4 de abril siguiente, tal y como consta en el certificado aportado por la misma Nueva EPS, circunstancia que por sí sola, ni formal ni materialmente, tiene la entidad para truncar el derecho al pago completo de la licencia en los términos del citado artículo 2.2.3.2.3. del Decreto 1427 de 2022, pues cotizó como trabajadora independiente sobre la base de un salario mínimo mensual.

Finalmente, se recuerda que el artículo 2.2.3.2.9 del Decreto 780 del 2016 dispone que el reconocimiento de la licencia de maternidad «se realizará sobre el **ingreso base de cotización (IBC)** reportado al momento de iniciar esta, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia». (Negrilla fuera de texto).

A su turno, el artículo 19 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 6 de la Ley 797 de 2003, regula el ingreso base de cotización de los

trabajadores independiente en los siguientes términos: «Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos. (...) En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente».

Luego el IBC es el monto de los ingresos percibidos mensualmente que se toma como base para aplicar el porcentaje de aporte respectivo al momento de realizar la cotización a los diferentes subsistemas que conforman el sistema general de seguridad social integral.

Por lo tanto, el monto que será reconocido por parte de la EPS por concepto de licencia de maternidad se liquidará sobre el IBC reportado al iniciar dicha licencia y este será el valor que se pagará durante toda la licencia hasta su terminación.

Precisado lo anterior, la Sala advierte que el impago de la licencia de maternidad por parte de NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al debido proceso de la accionante, afectando de paso los mismos derechos de la recién nacida, sin justificación válida y al amparo de una lectura exegética ampliamente rebatida por las autoridades judiciales, por la cual se confirmará el fallo de primera instancia.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión; de ser excluido, archívese.

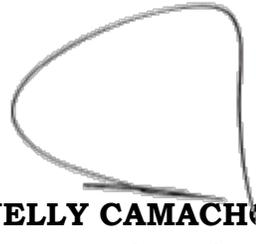
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada