

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° 084 – SEGUNDA INSTANCIA N° 066
ACCIONANTE	ERIKA BRISLEY MARÍN AMAYA
ACCIONADA	NUEVA EPS
RADICADO	81-736-31-04-001-2023-00227-01
RADICADO INTERNO	2023-00207

Aprobado por Acta de Sala **No. 346**

Arauca (Arauca), catorce (14) de junio de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por **NUEVA EPS**, frente al fallo proferido el 4 de mayo de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), dentro de la acción de tutela que **ERIKA BRISLEY MARÍN AMAYA** contra la recurrente.

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante¹

Refirió la accionante que se encuentra afiliada a la Nueva EPS y realizó cotizaciones durante todo su periodo de gestación; que su hija D.A.C.M. nació el 7 de enero de 2023 en el Hospital del Sarare, razón por la cual le concedieron una licencia de maternidad equivalente a 126 días, desde la fecha del parto y hasta el 13 de mayo de 2023.

¹ Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos.

Indicó que en enero de 2023 solicitó a la Nueva EPS el pago de la licencia, pero fue negada con el argumento de que las cotizaciones se pagaron de manera extemporánea, omisión que vulnera sus derechos fundamentales, dado que no se encuentra en condiciones para trabajar y no cuenta con los recursos económicos suficientes para la alimentación y cuidados de su hija.

Por lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS que reconozca y pague la licencia de maternidad; y; en caso de determinar que no tiene derecho al pago total, se ordene su reconocimiento proporcional.

Aportó las siguientes pruebas²: **(i)** registro civil de nacimiento de la menor D.A.C.M.; **(ii)** historia clínica expedida el 8 de enero de 2023 por el Hospital del Sarare; **(iii)** licencia de maternidad expedida por el Hospital del Sarare; y **(iv)** cédula de ciudadanía de la accionante.

2.2. Sinopsis procesal

Presentada el 19 de abril de 2023 la acción constitucional, esta fue asignada por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de la misma data³, la admitió contra la Nueva EPS y corrió traslado de la demanda para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa.

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

2.2.1. NUEVA EPS⁴

² Cuaderno del Juzgado. 03TutelaAnexos. F. 7 a 13.

³ Cuaderno del Juzgado. 05AutoAdmite.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaNuevaEps.

Informó que el tutelante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante desde el 30 de junio de 2023 y que en respuesta a la solicitud de pago de la licencia de maternidad se le explicó lo siguiente:

«(...) el aporte correspondiente al periodo de Enero 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora.

ESTADO DE APORTES Mes de cotización: 01/2023

Fecha Límite de Pago: 03/02/2023

Fecha de pago: sin pago. El pago fue efectuado hasta el 06 de marzo de 2023.

Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 8759734 a nombre del afiliado ERIKA BRISLEY MARIN AMAYA identificado con número de cedula 1098695308, 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 enviada el 03/02/2023, 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».

Explicó que para proceder con el reconocimiento económico por concepto de incapacidades y licencias, el afiliado debe encontrarse al día en el pago de sus aportes en virtud de lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998, artículo 71 y 73 Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015.

Finalmente se opuso a la prosperidad de esta acción por no cumplir con el presupuesto de la subsidiariedad, dado que existen otros mecanismos de defensa idóneos para solicitar el desembolso de gastos médico, licencias de maternidad e incapacidades, esto es, acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral. De manera subsidiaria requirió, ordenar a la ADRES reembolsar todas aquellas expensas en que deba incurrir para el cumplimiento del fallo. Anexó certificado de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el 1 de agosto de 2008 hasta 1 de abril de 2023.

2.3. La decisión recurrida⁵

Mediante providencia de 4 de mayo de 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Saravena (Arauca) concedió la protección de los derechos fundamentales al *mínimo vital y vida en condiciones dignas* de **ERIKA BRISLEY MARÍN AMAYA** y, en consecuencia, dispuso:

«SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS para que dentro de los (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a el pago de la incapacidad médica No. 61109 expedida por el Hospital el Sarare E.S.E. en favor de la señora ERIKA BRISLEY MARIN AMAYA. (...).»

Como eje central de su decisión constató en la página de información de afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, que la accionante se encuentra como afiliada activa en la NUEVA EPS en el régimen contributivo en calidad de cotizante, desde el 1 de abril de 2020, con un ingreso base de cotización de 1 SMLMLV; y que efectuó aportes durante todos los meses del período gestante, esto es, desde mayo de 2022 hasta la fecha del parto, razón por la cual le fue expedida la incapacidad médica No. 61109; por lo que concluyó:

«(...) la accionante acredita el cumplimiento de los preceptos del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, como lo son (i) afiliación activa en calidad de cotizante, (ii) haber efectuado aportes durante los meses que corresponden al período de gestación (iii) contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red promotora de salud. A su vez, el artículo 2.2.3.2.3 numeral 1, dispone que procede el pago completo de la licencia cuando la trabajadora independiente, con IBC de 1 SMLMLV, ha dejado de cotizar hasta por dos períodos al SGSSS desde el inicio de la gestación. (...). En tal virtud, debe ordenarse el pago completo de la licencia en aplicación a lo estipulado en el ordenamiento jurídico (...).»

2.4. La impugnación⁶

Inconforme con la decisión la **NUEVA E.P.S.** la *impugnó*, para lo cual reiteró lo expuesto al contestar la tutela.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 08Sentencia.

⁶ Cuaderno del Juzgado. 10ImpugnaciónNuevaEps.

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 al *mínimo vital y vida en condiciones dignas* de la señora **ERIKA BRISLEY MARÍN AMAYA**, 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 vía 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 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 en torno al requisito de subsidiariedad. Si bien la jurisprudencia constitucional ha

⁷ La accionante promovió esta acción de tutela directamente.

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 concedida a partir del 8 de enero de 2023.

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 materia¹¹.

La Corte 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 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 declaró en su escrito de tutela que no tiene bienes ni ingresos para solventar sus gastos y los de su hijo.

3.4. Supuestos jurídicos

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

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 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 cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento.

¹² “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 2. 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”. 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..

Ahora, 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. Estos últimos se contemplan 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 señora Erika Brisley Marín Amaya se encuentra afiliada a Nueva EPS, cotiza como trabajadora independiente, se encuentra al día en todos sus pagos, registra aportes ininterrumpidos desde el 1 de enero de 2021 hasta marzo de 2023¹⁵, que cubren todo su periodo de gestación, y que el 7 de enero de 2023 la accionante tuvo el parto de su hija, por lo que su médico tratante le expidió una licencia de maternidad por 126 días: desde el 8 de enero hasta el 13 de mayo de 2023¹⁶.

Asimismo, está acreditado que la Nueva EPS se negó a reconocer y pagar la licencia de maternidad, pues así lo aceptó al descorrer el traslado de rigor, cuando manifestó que ello obedeció al pago extemporáneo de la cotización del mes de enero de 2023, y fue esa la razón por la cual la tutelante interpuso esta acción de tutela.

El juez de primera instancia tuteló los derechos al mínimo vital y vida digna de la accionante y le ordenó a Nueva EPS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Decisión que fue impugnada por la accionada al insistir que no esta causada la prestación por el pago extemporáneo de un periodo de cotización durante el periodo de gestación.

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

¹⁵ 07RespuestaNuevaEps. Ver F. 19 y 20 – Certificado aportes al SGSSS.

¹⁶ 03TutelaAnexos. F. 11 y 12.

Pues bien, 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 el asunto, según se constató, la accionante está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde 1 de agosto de 2008 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 enero de 2023, cuyo pago se registró en marzo siguiente, tal y como consta en el certificado aportado por la misma Nueva EPS, circunstancia que por sí sola no trunca 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 legal vigente.

Así las cosas, la Sala advierte que el impago de la licencia de maternidad por parte de Nueva EPS, pese a reunirse los presupuestos legales para ello, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al debido proceso de la accionante, razón 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.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada
(En comisión de servicios)