



Seis (06) de julio de Dos Mil Veintitrés (2023).

Acción de Tutela No. 08001-31-05-007-2023-00195-00

Accionante: Andrea Carolina Silva De La Hoz

Accionado: Nueva EPS

1. ASUNTO

La señora Andrea Carolina Silva De La Hoz presenta acción de tutela en contra la Nueva EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social.

2. HECHOS

Dice la accionante que es afiliada de Nueva EPS en calidad de independiente en condición de cotizante activa desde el 01 de agosto de 2019.

Que al momento de quedar embarazada se encontraba ya afiliada a la Nueva EPS y que durante toda la gestación estuvo afiliada pagando sus aportes en seguridad social de manera oportuna.

Que su fecha probable de parto era el 02 de febrero de 2023 según su médico tratante a partir de la ecografía del 23 de junio de 2022.

Que por urgencia por urgencia fue ingresada a la Clínica General del Norte, el 26 de enero de 2023 y le practicaron Cesárea segmentaria tras peritoneal.

Indica que el 06 de febrero de 2023 realizó la transcripción para el pago de la licencia de maternidad.

Que el 08 de febrero de 2023 la entidad accionada le informa mediante correo electrónico que la solicitud fue aprobada y que se encontraba trascrita en el sistema de información de la nueva EPS.

Indica que la Nueva EPS el 02 de marzo de 2023 le negó el pago de la licencia de maternidad diciéndole:

“En respuesta a su comunicación, le informamos que el aporte correspondiente al periodo de Enero 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora.

Mes de cotización: Enero 2023

Fecha Límite de Pago: 02/02/2023

Fecha de pago: 06/02/2023

Nº de planilla: 9445668648

Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 8798159 a nombre del afiliado ANDREA CAROLINA SILVA DE LA HOZ identificado con número de cedula 1047347303, 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.”

Señala que según lo establecido en artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de Julio de 2022, cumple con las condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, por estar afiliada al sistema de seguridad social en salud, ser cotizante en estado activo; durante todo el periodo de gestación desde el mes uno hasta el parto estar al día con los pagos de los aporte de seguridad social en salud y aportar a dicha entidad el certificado de maternidad expedido por la clínica general del norte.

Que durante toda su maternidad ha visto afectados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, porque no recibe ninguna prestación económica, ni percibe auxilios por parte del Estado; que la falta del pago de su licencia ha afectado el pago a los aportes en seguridad social por carecer de ingresos para cumplir con esos pagos y que ha tenido que prestar dinero para que ella y sus hijos puedan gozar de los servicios en salud.

Cita la sentencia T1160/08 al referirse a la afectación de los derechos fundamentales de las madres que trabajan de manera independiente y sólo perciben los ingresos provenientes de sus trabajos cuando no reciben la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

Aporta como pruebas de su dicho, copia de su cédula, PDF de los volantes o resumen de pago de liquidación de planilla de aportes en seguridad social desde junio de 2022 hasta febrero de 2023.

3. OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La presente acción tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social, por lo cual solicita se ordene a la accionada realice el pago efectivo de la licencia de maternidad que le fueron concedidos por su médico.

4. SÍNTESIS PROCESAL

El conocimiento de la presente acción correspondió por reparto a esta autoridad jurisdiccional, siendo admitida el día 21 de junio del año cursante; la accionada rindió informe dentro del plazo indicado por esta agencia judicial.

5. RESPUESTA DE LA ACCIONADA NUEVA EPS

El doctor Ahmad Amir Saker Travededo actuando en su calidad de apoderado judicial de NUEVA EPS S.A manifiesta ante los hechos de la tutela que en el Sistema integral de Nueva EPS, la accionante figura en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo desde el 01/08/2019, en condición actual de cotizante; que la cotizante figura como independiente y que solicitó el pago



de la licencia de maternidad, en consecuencia, aparece la cotización en mora por falta de pago o de los intereses moratorios, por lo que a la prestación pedida resultó procedente su negación.

Que la tutela es improcedente por existir otros medios de defensa a los cuales no ha accedido la parte actora, y que la conducta de Nueva EPS es legítima por plegarse a lo establecido en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022.

Que este medio de defensa judicial se rige por los principios de subsidiariedad e inmediatez. Dice que la subsidiariedad es un requisito fundamental de procedibilidad de la acción de tutela, el cual hace referencia a que el interesado debe agotar los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces, de modo que asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la posibilidad de usar el recurso de amparo como primera opción ya que resulta improcedente y que el artículo 2º del CPTSS coloca en cabeza de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos referentes a la seguridad social citando al respecto el contenido de la SU1070-2003.

Que la Ley 712 de 2001 establece:

“Artículo 2o. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laborales y de seguridad social conoce de: (...)

4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan. (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, es claro que el medio judicial idóneo para resolver las pretensiones del accionante corresponde a una acción a través de la jurisdicción laboral, pues como se mencionó es a esta a quien corresponde la competencia de este.”

Que, en consecuencia, debe el juez de tutela abstenerse de emitir pronunciamiento al respecto, pues se reitera que la competencia especializada frente al tema que se está discutiendo recae ante la justicia laboral a través de acción ordinaria.

6. CONSIDERACIONES

La Constitución Política de 1991, consagra en el artículo 86 un mecanismo público, idóneo, ágil y efectivo llamado Acción de Tutela, cuyo fin primordial es el amparo, protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, cuando con ocasión de la acción u omisión proveniente de sujetos particulares o públicos, se menoscabe, limite e incluso impida de manera total y flagrante, el pleno goce de tales derechos. Además, es importante señalar que el ejercicio de este instrumento de protección no solo es procedente frente a la vulneración de los derechos fundamentales, sino también frente a violaciones de derechos que, mediante una interpretación sistemática y conexa con los fundamentales, sean considerados como éstos mismos.



A fin de determinar la procedencia en este caso del uso de la tutela es dable señalar que, por un lado, se evidencia legitimidad de causa por activa por ser la actora la titular de los derechos que se pretenden conculcado, y resultar la destinataria del beneficio o cobertura de la prestación que reclama. En pasiva es legítima la destinación de la acción, al ser la NUEVA EPS de quien se acusa el proceder negativo que se afirma como aquel que lesiona los derechos de la actora, y frente a la que se busca un acto positivo que cese la alegada vulneración.

En lo que corresponde al requisito de inmediatez que debe comportar el uso de la tutela se tiene que, en este caso, se recurrió a la acción en un lapso razonable, entendiendo que el acto que considera vulnerante es la decisión de negar el pago de la prestación económica mediante decisión erogada el 01 de abril por parte de Nueva EPS habiendo sido la tutela instaurada en el mismo mes y año.

En lo que refiere al acceso de manera subsidiaria o en modo excepcional como mecanismo de amparo transitorio, es dable entender que, si bien el escenario para debatir y declarar si se tiene derecho o no al pago de un amparo económico en materia de seguridad social es ante la justicia ordinaria laboral o administrativa, según sea el caso, la condición vulnerable y de indefensión de quien se encuentra impedida para laboral y así generar un sustento, hace ineficaz el estudio de los hechos mediante el proceso declarativo debido a los plazos que tendrían que agotarse previo a una decisión de instancia mientras que no existiría un amparo idóneo que permitiese dilucidar el derecho reclamado con la prontitud que comporta el ingreso necesario para el sostenimiento de quien se dice, no puede devengar un salario, por estar bajo licencia de maternidad generada por el médico tratante.

En ese entendido, el uso de la tutela opera de manera excepcional como mecanismo transitorio, siendo procedente el estudio de los hechos expuestos en esta acción a fin de definir si procede o no el amparo reclamado.

Incluso, a fin de determinar la procedencia, resulta en suma relevante analizar ante el derecho al mínimo vital, la postura de la Corte Constitucional que, si bien por regla general define que las reclamaciones de acreencias laborales deben ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, estima de procedente la tutela para reconocer el pago de incapacidades médicas cuando el trabajador no cuenta con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de ellos.

Al respecto del mencionado carácter residual que debe evidenciarse en el uso de la tutela como mecanismo de protección, la Corte Constitucional señaló en sentencia C132- 2018:

“Desde sus primeros pronunciamientos, refiriéndose al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Corte explicó: “... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar <solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cual es el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala



el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido este último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).”

Por lo anotado, atendiendo a la afirmación de la accionante de ser trabajadora independiente que se sostiene de su producido, que se encuentra bajo licencia de maternidad impagada y que es la negativa de la EPS lo que la obliga a accionar, dada la ausencia de salario o pago de la prestación de licencia de maternidad lo que la deja en desprotección total para sustentarse y a su menor hijo, se evidencian los presupuestos de procedibilidad demarcados por la alta corporación, cuando se acredita la negación de la prestación por parte de la accionada, a fin de que se pueda ventilar en sede de tutela la eventual vulneración.

Debe ahora concretar su atención el despacho en determinar si con el actuar de la accionada se conculcaron o no los derechos fundamentales al mínimo vital a la seguridad social y a la Salud es menester perfilar si se apegó la accionada al procedimiento legal para definir el pago de la prestación económica de licencia de maternidad.

DEL DEBIDO PROCESO

Se considera el mismo como la protección constitucional a que ante cada trámite o petición sea desarrollada de acuerdo a las reglas concernientes a cada tipo de solicitud, conforme a los plazos y requisitos de cada materia.

Sobre ese tópico vale traer al plenario los señalamientos que a ese respecto ha concentrado la Corte Constitucional en sentencia C-163/2019 al indicar que:

“(…) El debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción.

Bajo la acepción anterior, el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la Ley.

La manera de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., se encuentra debidamente prevista por el Legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes. (…)”

Así mismo señala la alta corporación en sentencia C-980/2010:



“(…)

Asimismo, esta Corporación se ha referido al derecho al debido proceso administrativo como

“(…) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establecelas garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”.

En ese contexto, el debido proceso administrativo se configura como una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión.”

En dicha sentencia señaló la Corte que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”

Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dentro del debido proceso administrativo se debe garantizar:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

En ese orden de ideas, lo que debe determinarse en este caso es la norma aplicable en el caso de reclamación de prestación económica de <licencia de maternidad> los requisitos para acceder a ella y si la decisión de la accionada al negar la misma fue conforme a la normativa vigente o no, lo que implicará definir si se apegó al debido proceso o si, por el contrario, obvió las normas que rigen las decisiones a ese respecto.

SOBRE LA COBERTURA DE LA PRESTACION ECONOMICA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD



Con relación al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad el CSTSS define en su artículo 236 la procedencia y requisitos para acceder a tal prestación económica, norma que ha sido modificada por el artículo 2º del Decreto 2114 de 2021 que establece la obligatoriedad del disfrute de la licencia de maternidad y su duración entre 16 a 18 semanas según sea el criterio del médico tratante.

En efecto, el legislador desarrollo la cobertura de la licencia de maternidad e incluso la de paternidad, mediante el decreto 1427 de 2022, en cuyo artículo 2.2.3.2.1 señala las condiciones para a ceder al reconocimiento y pago de esa prestación al indicar que:

“Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.

. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.

. 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.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les 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, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. (...)”

. Artículo 2.2.3.2.3 Licencia de maternidad de la trabajadora independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. 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:

. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.

. 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.

En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.”

Es decir que, según alega la misma accionada es la norma antes citada la que regula los requisitos para acceder a la prestación deprecada.



Así las cosas, si existe un ordenamiento transcrito y validado por la EPS sobre la licencia de maternidad debidamente otorgada por el médico tratante que prestó sus servicios en una entidad adscrita a la red de servicios de esta, y si a más de estar en mora por el pago tardío de los aportes por cuatro (4) días, pagados por fuera del límite estimado para su cancelación, cubriéndose los demás requisitos de ley para acceder al pago de la licencia pedida, la razón alegada por la EPS para negar la prestación económica de manera total no se acompasa con los lineamientos del artículo en comento.

Y es que por ministerio de la misma normativa no es la consecuencia legal de la falta de pago de hasta de dos períodos de cotización durante el periodo de gestación, la negación de la licencia de maternidad como prestación económica, sino el pago proporcional de la contraprestación.

En consecuencia, mal podría pretenderse que el no pago de una cotización por parte de la trabajadora independiente pueda generar en contra de esta, en su condición de ser la madre cotizante independiente, la ausencia de pago de la licencia de maternidad que, cabe indicar, trasciende de una prestación de rango económico para concretarse en la protección del ingreso monetario de quien, con ocasión de su vinculación laboral, ve protegido su derecho al mínimo vital cuando confronta situaciones tales como la incapacidad por enfermedad o la licencia para no concurrir a trabajar por maternidad o paternidad.

En ese orden, se tiene que la Nueva EPS, hoy accionada, al negar la prestación reclamada no se apegó a las reglas que regulan el otorgamiento de esta cobertura, haciendo una lectura parcial de su contenido y obviando su obligación de protección de los derechos del beneficiario que de manera regular se ha vinculado a tal aseguradora, saltando de bulto la vulneración del debido proceso reclamado.

Y es que frente a la naturaleza y esencia de la licencia de maternidad se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencias como la T526/19 al decir que 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”

Así mismo enuncia:

“El Decreto 780 de 2016 estableció unos parámetros para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por la accionante. En cuanto a las incapacidades laborales de origen común prescribe: (i) ser afiliado cotizante y (ii) haber efectuado aportes por un mínimo de 4 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para el 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. (subraya fuera de texto)

De modo tal, resulta evidente la vulneración en que incurrió la EPS al negar el reconocimiento y pago de la licencia reclamada, dada la obligación de observar las reglas establecidas para la generación, reconocimiento y pago de la prestación económica en comento y a la supra obligación constitucional de proteger los derechos de la madre trabajadora y del menor por ella amparado bajo la naturaleza de la pluri nombrada licencia.

ANTE EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Entendido el derecho al mínimo vital como la protección de los recursos económicos congruos para su sostenimiento, y en este caso los que nacen de la relación laboral de la trabajadora afiliada al sistema de seguridad social ante la Nueva EPS amparados en el derecho a la licencia de maternidad nacida del vínculo que cobija de múltiples maneras la seguridad social no solo de la mujer hoy accionante sino de su hijo recién nacido, se deberá analizar si el proceder de la accionada EPS genera una vulneración del derecho reclamado.

Dice la parte actora que la Nueva EPS vulnera su derecho al mínimo vital al negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con el argumento de estar en mora para la fecha en que inició la licencia, afirmando que solo es procedente esa prestación cuando el empleador o el independiente ha realizado los pagos de las cotizaciones en salud dentro del período en que se genera la licencia.

De esa afirmación se desprenden varias situaciones que deben ser verificadas para definir si se está o no ante un acto u omisión vulnerante y si no existe una causal que exima de responsabilidad al accionado o lo acredite para haber actuado u omitido lo pedido por la actora. Lo primero es establecer la existencia del ordenamiento médico en virtud del cual se reclamala cobertura por parte de la Nueva EPS; segundo la efectiva radicación de la reclamación económica ante la accionada y, tercero, si por las características de tiempo y modo le corresponde la cobertura del



derecho reclamado a la señora Melany con cargo a la Nueva EPS.

En ese orden y conforme a lo obrante en el informativo <folio 11 del documento 1 del expediente virtual> se puede afirmar que, tal como lo pregonaba la accionante, en efecto, tras el parto acaecido el 26 de enero del cursante año, la doctora Luz Elena Heredia De La Hoz ordenó licencia de maternidad a favor de la señora Andrea Carolina Silva De La Hoz, iniciando el 26 de enero de 2023 y finalizando el 31 de mayo de 2023, con lo cual queda establecida la existencia del ordenamiento médico que da lugar en principio a las pretensiones de la reclamante.

Luego se verifica la radicación de la solicitud de pago de licencia a partir de la misma respuesta que otorga Nueva EPS el 02 de marzo de 2023 a la hoy accionante.

Así, sólo resta determinar si la normativa vigente para el momento de la reclamación daba lugar al reconocimiento en las condiciones pedidas o si existe una causal que valide la negación manifiesta por la accionada y, en ese sentido, se trae el contenido del artículo 2.2.3.2.1. del decreto 1427 de 2022, que indica la forma y porcentaje que debe reconocérsele como licencia de maternidad a la trabajadora cuyo pago para el momento de generarse la licencia, se encontraba en mora en hasta dos, o más de dos períodos dentro del tiempo de gestación, sin que en momento alguno la norma contemple la negación del pago de la licencia de maternidad a la trabajadora que estando vigente como afiliada entró en estado de maternidad.

Cabe recordar respecto del derecho al mínimo vital reclamado que, en materia de seguridad social, la ley 797 de 2003 ha previsto las formas y requisitos para acceder a los derechos que pretende en este caso la accionante, e incluso los plazos para resolver tales peticiones, siendo esa temática, de hecho, objeto de desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en sentencias como la T6432/14 deja sentado como la prestación económica de incapacidad laboral constituye el objeto proteccionista del salario frente al mínimo vital cuando indica:

“El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticada, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.

Es por ello que, con el reconocimiento de este tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.

Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos”.



En esa misma línea, también ha resaltado la jurisprudencia de la Corte, la importancia del pago de las incapacidades, como un mecanismo que garantice la adecuada recuperación del trabajador, quien no debe preocuparse por volver, de manera anticipada y poniendo en riesgo su salud, a trabajar con el objeto de ganar su sustento y el de su familia.

En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen per se el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a “la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

Colofón a lo anterior, vale resaltar que se trata de una mujer bajo licencia de maternidad cuya condición es doblemente protegida por la constitución, la ley y los acuerdos y pactos de derechos humanos, en el entendido de blindarse no solo sus derechos como trabajadora, sino los derechos que de modo especial han sido reconocidos a los neonatos no siendo de recibo los argumentos de improcedencia de la accionada, ni los de legitimidad de su actuar frente a lo pedido de la parte actora.

Aunado a lo anterior, salta a la vista la necesidad de proteger los derechos al mínimo vital y a un entorno seguro para el neonato, cuya fuente de sustento y protección radica en su progenitora que al ser una mujer trabajadora independiente debe tener la posibilidad de acceder a su licencia bajo la cobertura económica para ella prevista, sin situaciones administrativas que torpedeen su tranquilidad y la del recién nacido, pues precisamente quien como independiente trabaja para sufragar sus gastos, penden sus ingresos de sus labores o de sus prestaciones económicas compensatorias cual lo es la licencia de maternidad, que estando bajo una condición especial tal cual es la maternidad, debe recibir la prestación económica en comento sin dilación alguna.

Y es que el reproche por pago tardío da lugar no a lo sancionado erróneamente por la accionada sino a l pago proporcional de la prestación económica, y eso en el entendido de haber la trabajadora independiente incurrido en una moratoriedad que data del 03 de febrero de 2023 día 6 del mismo mes y año, es decir, generando tres días de retraso en la cotización de la afiliada, los mora que se interrumpió con el pago del 6 de febrero de 2023, y cuya consecuencia no puede ser de ninguna manera la negación de la licencia, pues resulta evidente que se allanó a la mora.

Sobre este particular, también la Corte Constitucional se ha pronunciado, dando alcance a la interpretación que debe seguirse cuando quiera que la EPS recibe la cotización vencida, pero luego se abstiene de pagar la licencia de maternidad.

En sentencia T-761 de 2010 dijo:

«En efecto, “la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del “allanamiento a la mora”, según la cual, aunque el empleador sufrague los pagos por concepto de cotizaciones al SGSSS de sus trabajadoras (concretado el tema a la licencia de maternidad) de forma extemporánea o incompleta, si la EPS a la cual se encuentran afiliadas no adelanta un requerimiento previo o se abstiene de rechazar las cotizaciones subsiguientes y continúa prestando sus servicios, se entiende que zanjó la morosidad en la cual se haya incurrido y no puede negarse a



reconocer la respectiva prestación aduciendo la mora, pues tal aquiescencia la obliga a sufragar el pago exigido, para garantizar los derechos de la madre y su bebé.»

Por lo anotado es lo procedente afirmar que la negación de la accionada ante el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad no solo vulnera el debido proceso, sino que, aunado a la imposibilidad de auto sustento de la actora, pone en riesgo el derecho a su mínimo vital y el de su hijo neonato.

Y tampoco resulta de recibo pretender, como lo pide la accionada, que, en el caso de fallar favorablemente a los intereses de la accionante, se deba indicar recobro al ADRES, pues, como ya se dijo, hubo un allanamiento a la mora o, lo que es igual, una aceptación tácita al tardío pago (por un día) del empleador.

En este entendido, es necesario conceder el amparo de los derechos invocados por la accionante mediante apoderado judicial y cabe decir que, si de suyo la tutela no es la herramienta para impulsar los procesos administrativos, sí lo es para verificar que los derechos constitucionales tales como el debido proceso y el mínimo vital de sujetos de especial protección constitucional reciban la correcta aplicación de las normas que regulan los conceptos reclamados.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social reclamados mediante apoderado judicial por la señora Andrea Carolina Silva De La Hoz en contra de la NUEVA EPS, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, ordenar a la accionada que, en el plazo de 24 horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, reconozca y pague la licencia de maternidad reclamada por la accionante, de acuerdo con la normativa vigente para el momento en que se generó el derecho, según las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Sí este fallo no fuere impugnado, remítase lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero: Notifíquese conforme a lo dispuesto en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALICIA ELVIRA GARCÍA OSORIO
JUEZ

Acción de tutela Rad. 08001310500720230019500