BARRANQUILLA, QUINCE (15) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2.023)

RAD. 08001310700220230009600
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A.

1. ASUNTO A TRATAR

Procede este despacho a resolver la Acción de Tutela presentada por la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, actuando en nombre propio, en contra de la NUEVA EPS, por la presunta trasgresión de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD e IGUALDAD.

2. ANTECEDENTES

La parte accionante, expuso como fundamentos fácticos de su acción, esencialmente, lo siguiente:

1. Relata que se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud en NUEVA EPS en calidad de cotizante, desde el mes de octubre de 2019 hasta la fecha.

2. Señala que cuando contaba con 37 semanas de embarazo fue atendida en la Clínica General del Norte de esta ciudad, por presentar leves mareos y nauseas, por lo que al momento de la revisión en el triage hallaron altos picos de presión arterial y edema gestacional, situación por la que fue hospitalizada inmediatamente, desde el día 8 de enero del presente año.

3. Que luego de estar hospitalizada, los médicos realizaron varios exámenes los cuales arrojaron diabetes gestacional, hipertensión materna, edema gestacional, y un tumor mixto en el ovario derecho: el cual debían extraer, lo cual conllevo a que el embarazo fuera de alto riesgo y de especial cuidado médico.

4. Agrega que el día nueve (9) de enero 2023, nace prematuro su hijo; el parto fue por cesárea y atendido por la médica ALEXANDRA GUARDIA MEDRANO que expidió la correspondiente licencia de maternidad No. *66054*, por solo ciento veintiséis días (126), la cual inicio el día nueve (9) del mes de enero de 2023 y finalizo el día catorce (14) de mayo del presente año.

5. Que envió a su empleador los documentos necesarios para solicitar la trascripción de la licencia de maternidad a la NUEVA EPS, como es la historia clínica, registro civil de nacimiento del menor, certificado de incapacidad o licencia, copia del documento de identidad, y este así lo hizo bajo quedando registrado bajo el radicado VO-GRC-DPE 2143648.

6. A los días del empleador haber radicado la licencia a través de la plataforma virtual, recibió un mensaje electrónico, por parte de esta EPS, informando que debía esperar 15 días hábiles, para dar respuesta acerca del reconocimiento y pago de esta prestación económica.

7. Señala que la NUEVA EPS, dio respuesta a través de su departamento de prestaciones el día 5 de septiembre del presente año, señalando lo siguiente:
Le informamos que el aporte correspondiente al periodo de enero 2023 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora. Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 9330259, 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…"

8. Manifiesta que los pagos desde el mes de junio 2022 hasta enero 2023, se encuentran realizados al operador de pagos de manera continua e ininterrumpida.

9. Que la NUEVA EPS, jamás se pronunció manifestándole que tenía aportes en mora o con pagos extemporáneos; y que los servicios médicos y hospitalarios jamás fueron suspendidos por falta de pago.

10. Indica que el único medio de subsistencia es su salario, que no recibe pensión ni subsidios por parte del gobierno para poder mantener a su hijo; y tampoco dependen del padre del menor.

3. **PRETENSIONES**

Solicita la parte accionante que se tutelen los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD e IGUALDAD.

En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada se sirva ordenar a quien corresponda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la cual suma un total de ciento cuarenta (140) días al ser un parto prematuro.

4. **DE LA ACTUACIÓN**

La acción de tutela correspondió por reparto a esta agencia judicial, siendo admitida mediante providencia adiada 31 de octubre de 2023. En consecuencia, se ordenó correr traslado a la accionada para que rindiera el informe correspondiente sobre los hechos señalados por la accionante.

En la misma providencia se ordenó la vinculación del empleador APORTES EMPRESARIALES S.A.S, la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, CLÍNICA GENERAL

DEL NORTE como entidad que le otorgó la licencia de maternidad y la Dra. ALEXANDRA GUARDIA MEDRANO médico de esa institución.

5. INFORME DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

5.1 INFORME DE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO en calidad de apoderado de la entidad vinculada, manifestó lo siguiente:

Indica que las acciones de tutela no proceden a manera general para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad o licencias, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios. Ahora bien, en el presente asunto, se torna improcedente por las siguientes situaciones, a saber: i) no se cumple con el requisito de subsidiaridad del que está revestido el amparo constitucional; ii) la controversia se suscita alrededor del reconocimiento de derechos de índole económico y no de carácter constitucional.

Que la presente solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos económicos derivados del reconocimiento de derechos económicos y litigiosos, toda vez que la misma constituye un medio judicial subsidiario, que no tiene por fin reemplazar los procedimientos ya previstos en nuestra legislación para hacer valer derechos.

También señala que no está dentro de la esfera de competencias de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento del pago de licencias de maternidad /paternidad a personas naturales, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

La gestión de las licencias le corresponde ser asumida a las EPS-EOC en el marco de su función de aseguramiento en salud, por el cual la ADRES continuará reconociendo el porcentaje que establezca la autoridad competente sobre el ingreso base de cotización de cada afiliado, de manera que no hay lugar a que por este tipo de incapacidades se pretenda generar otra modalidad de reconocimiento, como por ejemplo, un recobro, que pueda minar la gestión del riesgo financiero y de salud que compete a las EPS.

Señala también que las EPS se encuentran en la obligación de realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades o licencias por el pago extemporáneo del empleador o el trabajador independiente, si no ejercieron en tiempo, las acciones legales de cobro.

Concluye solicitando que se declare la improcedencia de la acción de tutela por contener pretensiones económicas y no cumplir con el principio de subsidiariedad.

5.2 INFORME DE APORTES EMPRESARIALES S.A.S.

FIDE JOHANNA FONTALVO BERRIO en calidad de representante legal de la empresa APORTES EMPRESARIALES S.A.S. rindió el informe solicitado en los siguientes términos:

Señala que según la página del ADRES, la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a la NUEVA E.P.S. en calidad de cotizante.

También señala como cierto que la señora LENDYS JIMENEZ VELASQUEZ hizo llegar a la empresa todos los documentos requeridos por la EPS para iniciar el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, los cuales fueron radicados a través de la plataforma virtual.

Señala también que la NUEVA E.P.S negó el reconocimiento de la prestación con fundamento en el pago extemporáneo del periodo correspondiente a enero de 2.023.

No obstante lo anterior, el aporte de enero de 2.023 fue pagado y liquidado con sus respectivos intereses a través del operador de pago y la entidad accionada nunca se pronunció manifestando que la empresa se encontrara en mora o pagando fuera de la fecha.

Por lo expuesto, solicita que se le absuelva de las pretensiones de la acción de tutela por cuanto la empresa ha cumplido con sus obligaciones como empleador realizando el pago de los aportes de forma continua y completa.

5.3 INFORME DE LA ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE.

PAOLA GÓMEZ HOYOS en calidad de Asesora Jurídica de la IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, rindió el informe solicitado manifestando lo siguiente:

Señala que se le ha garantizado a la usuaria LENDYS CAROLINA JIMENEZ, la prestación de los servicios médicos por parte de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A y siempre que le han sido expedidas ordenes dirigidas a esa institución, por parte de su EPS para la prestación de un determinado servicio, esto se ha hecho con diligencia y oportunidad por parte del equipo médico de especialistas.

Que revisados los sistemas de información de su representada, se registra que ciertamente se han brindado servicios médicos y hospitalarios a la señora PAOLA LENDYS CAROLINA JIMENEZ en los diferentes servicios de la Organización, cuando los mismos han sido requeridos con la debida pertinencia, registrando ultimo ingreso al servicio de urgencias maternidad, el día 9 de enero de 2023 con su respectivo egreso el día 10 de enero de 2023 después de haberse practicado procedimiento de Cesárea segmentaria por la especialidad de Ginecología y Obstetricia, generando licencia de maternidad durante el periodo 09/01/2023 – 14/05/2023, alejados de vulneraciones a los derechos fundamentales que le asisten.

Que la paciente LENDYS CAROLINA JIMENEZ, ingresó a la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE SAS y en su momento se le prestaron la totalidad de los servicios médicos y hospitalarios que requirió con total racionalidad, prudencia, diligencia, pericia, pertinencia y oportunidad, tal como lo demuestran los

registros de historia clínica, , donde es claro que a la paciente se le realizó procedimiento quirúrgico de Cesárea sin ninguna complicación y tanto la madre como el recién nacido fueron atendidos de manera oportuna, acorde con las guías institucionales y protocolos internacionales que orientan sobre el tema.

Indica que la figura de la LICENCIA DE MATERNIDAD no está determinada por la indicación o el término que establezca un médico, y que esta figura es un MANDATO LEGAL, que opera por el mismo ministerio de la ley.

Así las cosas, la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A, no tiene facultades para decidir sobre el reconocimiento y pago de licencias de maternidad a la usuaria LENDYS CAROLINA JIMENEZ y no tiene ninguna injerencia o participación en si le asiste derecho o no al accionante del pago de licencias de maternidad.

En consecuencia, solicita la declaración de improcedencia y/o desvinculación de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE, al configurarse una falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.4. INFORME DE LA NUEVA EPS S.A.

AHMAD AMIR SAKER TRAVECEDO en su condición de apoderado judicial de la NUEVA EPS S.A., manifestó lo siguiente:

Señala, en primer lugar, que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo desde el 01/01/2016, actualmente en calidad de Beneficiario.

Agrega que antes del inicio del mes de gestación, la accionante se encontraba en régimen subsidiado:

INFORMACIÓN ÚLTIMO DNP (SISBEN)					
Nivel Sisben					
1-Nivel I					
Dnp Tipo Poblacion Especial					
VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO					
Fecha Modif	Fecha Corte Bcn	Departamento	Municipio	Dnp Area	Dnp Numero Ficha
30/04/2016	30/04/2016	BOLIVAR	NOROSI		
Metodologia	Subgrupo Sisben	Modalidad Subsidio	Dnp Estado	Puntaje	
-	-	-		1	

MOVILIDAD ENTRE REGÍMENES (TRAZA)						
Régimen	Fecha Inicio	Fecha Final	Nivel Sisben	Departamento	Municipio	
Contributivo	17/06/2022	00/00/0000		ATLANTICO	BARRANQUILLA	
Subsidiado	01/01/2020	16/06/2022	1	ATLANTICO	BARRANQUILLA	Vi
Contributivo	06/09/2019	31/12/2019		ATLANTICO	BARRANQUILLA	
Subsidiado	01/01/2016	05/09/2019	1	BOLIVAR	ARENAL	Vi

También señala que la accionante no cotiza como usuaria dependiente o independiente desde el año 2020, y la afiliación se produjo en el mes de gestación:

Razon Social	Sucursal	Tipo Trabajador	Tipo Trabajador BDUA	Salario	F.Ingreso
ARISTIZABAL GOMEZ JUAN FE	PRINCIPAL	Dependiente	DEPENDIENTE	$828,116	06/09/2019
REGIMEN SUBSIDIADO	PRINCIPAL	Dependiente	DEPENDIENTE	$	01/12/2015
APORTES EMPRESARIALES	APORTES EMPRESARIALE	Dependiente	DEPENDIENTE	$1,000,000	16/06/2022
GESTION EMPRESARIAL F.J.F.B	GESTION EMPRESARIAL F	Dependiente	DEPENDIENTE	$1,160,000	18/10/2023

Aunado a lo anterior, señala que la Licencia de maternidad es emitida por el profesional de salud y transcrita por 126 días del 09/01/2023 al 14/05/2023. En soportes adjuntos y soportes clínicos, NO se evidencia parto prematuro.

Manifiesta también que 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 asunto.

Por lo expuesto, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

6. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el problema jurídico de la acción de tutela de la referencia, se circunscribe al siguiente:

¿Se ha vulnerado por parte de la NUEVA E.P.S. y/o entidades vinculadas, los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD e IGUALDAD invocados por la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, como consecuencia del no pago de la incapacidad o licencia por maternidad, comprendida del 09/01/2023 al 14/05/2023, por la presunta mora presentada en el pago del aporte del mes de enero de 2023?

7. FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 11, 25, 29, 42, 49 y 86 de la Constitución Política.

"**Artículo 11.** El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

"Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

"**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

"**Artículo 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.
El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.
La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.
Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.
Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.
Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.
(…)"

"**Artículo 49**. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.
Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.
Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.
(…)"

"**Artículo 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta

afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

7.1 PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO:

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad:

De conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por su parte, el artículo 49 indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades privadas.

Asimismo, el artículo 84 de la Constitución Política determina que, cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio. A su vez, el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones. Eso significa que, para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos, se deben observar las leyes preexistentes y la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto.

El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital. Según esta Corte, la licencia de maternidad es:

> *"(…) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta 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".*

Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

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".*

Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 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.

Cuando se trata de trabajadoras independientes, estas deben efectuar el cobro de la prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad. Ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza.

De conformidad con las disposiciones mencionadas, las EPS no le pueden exigir a las mujeres que pretenden el reconocimiento de la licencia de maternidad, el cumplimento de formalidades no previstas legalmente. Lo anterior prohíbe que se impongan cargas excesivas a personas que -dadas sus circunstancias- son sujetos de especial protección constitucional.

En consecuencia, se vulnera del derecho fundamental al debido proceso de las madres cuando se le exigen requisitos y formalidades adicionales para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad.[1]

Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud:

La Corte Constitucional 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.*

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-224/2021. M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

> *(…) 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 acápites 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. [2](Subrayas y negrillas del despacho).

8. CONSIDERACIONES

NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA- PROCEDENCIA- SUBSIDIARIEDAD MECANISMO TRANSITORIO- PERJUICIO IRREMEDIABLE-

Naturaleza Jurídica.

El Constituyente de 1991 en el artículo 86 consagró como un mecanismo eficaz para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando quiera que

2 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-526/2019. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

estos hayan sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, un trámite especial, como lo es la Acción de Tutela, siendo su naturaleza de tipo restrictivo, procedente ante la ausencia de otros medios de tipo judicial para defenderse.

Improcedencia.

El Decreto 2591 de 1991 reglamentó la acción de tutela, disponiendo en su artículo 6º las "Causales de improcedencia de la tutela" así: "ARTÍCULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (…)".

Carácter subsidiario y residual.

A la acción de tutela la inspira un carácter eminentemente residual o subsidiario, es decir, esta acción constitucional ha de representar "la última ratio" para la persona que busca la protección de sus derechos fundamentales por esta vía. En resumen, el amparo que provee la acción de tutela, por regla general, solo resultará procedente cuando no se encuentre en el ordenamiento otro mecanismo idóneo para la defensa de los derechos "iusfundamentales" en juego. Es decir, la acción de tutela solo puede interponerse cuando se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios establecidos para defender los derechos fundamentales, excepto, cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Perjuicio irremediable.

Aunque existan eventos en que se cuente con otros mecanismos judiciales para lograr la protección de un derecho fundamental, en ocasiones otros resultan no ser idóneos para tal fin. Es en dichos eventos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha avalado el uso de la acción de tutela siempre que se logre demostrar por parte del Accionante, que existe la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable.

Debe tenerse en cuenta que "*la mera afirmación de que se está sufriendo un perjuicio irremediable o de que el medio judicial ordinario es ineficaz, no basta para declarar la procedencia de la acción de tutela pues el accionante debe, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa…"* Sentencia T-210 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

9. CASO CONCRETO

Corresponde a esta agencia judicial determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, por parte de la NUEVA E.P.S. S.A y entidades vinculadas al trámite constitucional, ante la negativa de la entidad prestadora de salud de reconocer el pago de la incapacidad o licencia de maternidad otorgada a la accionante, comprendida entre el 09/01/2023 hasta el 14/05/2023.

Señala la actora que la NUEVA E.P.S., negó el pago de la licencia de maternidad aduciendo que el aportante APORTES EMPRESARIALES S.A.S. había cancelado de forma extemporánea el aporte correspondiente al mes de enero de 2.023.

Frente a la procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de la licencia de maternidad, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T 368/15, M.P:

> *"En los artículos 43, 44 y 50, la Constitución señala que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, brindándole una protección especial a la mujer cabeza de familia en el marco de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.*
>
> *Adicionalmente, conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que "el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia."*
>
> *Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con las 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, atendiendo su circunstancia específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido. Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. En lo referente al anterior requisito, **la Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad**.*

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aún cuando se constate que la accionante ha cumplido con los presupuestos legales para que la entidad de salud demandada le pague la licencia de maternidad, es preciso comprobar que existe una vulneración de los derechos fundamentales del mínimo vital tanto de la madre como de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia, que habilita el reconocimiento de dicha prestación a través de la acción de tutela." (Las subrayas son nuestras).

Así mismo, en Sentencia T 503/16, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se señaló lo siguiente:

*"**La tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: (i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo**."* (Las subrayas son nuestras).

En este orden de ideas, entrará el despacho a determinar si en este caso resulta procedente otorgar el amparo deprecado a través de la acción constitucional.

Se observan en el plenario como pruebas relevantes, las siguientes documentales:

-Registro Civil de Nacimiento del menor con iniciales MMPJ, en la que se registró como fecha de nacimiento 09 de enero de 2.023.

-Certificado de Incapacidad o Licencia de Maternidad emitido por la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE comprendida entre el 09/01/2023 hasta el 14/05/2023, otorgada a la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ.

- Relación de aportes por concepto de cotizaciones al SGSSS, desde el 10/2019 hasta el 09/2023, que desvirtúa lo señalado por la NUEVA EPS en el informe rendido en cuanto a la no continuidad en los aportes de la accionante y el estado de su afiliación:

Tipo Identificación	Numero Identificación	Primer Apellido	Segundo Apellido	Primer Nombre	Segundo Nombre	Ultimo Periodo Compensado	EPS/EOC	Tipo Afiliación
CC	1007688232	JIMENEZ	VELASQUEZ	LENDYS	CAROLINA	2023-09	NUEVA E.P.S. S.A.	COTIZANTE

EPS/EOC	Periodos Compensados	Dias Compensados	Tipo Afiliado	Observacion*
NUEVA E.P.S S.A.	09/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	08/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	07/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	06/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	05/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	04/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	03/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	02/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	01/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	12/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	11/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	10/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	09/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	08/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	07/2022	15	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	01/2020	1	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	12/2019	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	11/2019	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S S.A.	10/2019	27	COTIZANTE	Pago con cotización

- Oficio VO - GRC - DPE - 2143648 – 23 del 5 de septiembre de 2.023, mediante la cual la NUEVA EPS S.A. indica que el periodo de enero 2023 fue cancelado de forma extemporánea, así:

ESTADO DE APORTES
Mes de cotización: 01/2023
Fecha Limite de Pago: 04/01/2023
Fecha de pago: 12/01/2023
N° de planilla: 1051773469

De conformidad con las pruebas relacionadas, se observa que (i) la accionada NUEVA E.P.S. no desvirtuó que la accionante hubiere cotizado de manera ininterrumpida al Sistema de Seguridad Social en Salud durante el período de gestación, (ii) que la cotización correspondiente a Enero de 2023 fue cancelado el 12/01/2023 tal como lo manifestó y aceptó la NUEVA E.P.S, (iii) el no pago de la licencia de maternidad, puede afectar ostensiblemente los derechos fundamentales invocados por la actora y su menor hijo, y (iv) la solicitud de amparo se instauró dentro del año siguiente al nacimiento del menor; en consecuencia, resulta procedente la presente acción de tutela.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la accionante cumple con los requisitos previamente enlistados, y se reconoció por parte de la NUEVA E.P.S. el pago correspondiente al mes de Enero de 2023, vale la pena traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional mediante sentencia T-503/16:

> *"La Corte Constitucional ha establecido, que* ***aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad****.*
>
> *En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, "la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad". Así, "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó".*

(iii) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.

(iv) ***Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia****"* (Las subrayas y negrillas son nuestras).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la negativa inicial de la NUEVA E.P.S. para negar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad estriba en que el empleador presentó mora para el período correspondiente a Enero de 20223 no obstante reconoce que dicho pago fue efectuado el 12/01/2023 es claro que la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, tiene derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad solicitada, comprendida entre el 09/01/2023 hasta el 14/05/2023; en consecuencia, serán tutelados los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social de la accionante.

No resulta pausible para este despacho acceder a lo pretendido por la accionante, en el sentido de desatender el período de tiempo por el que fue otorgado la licencia de maternidad y ampliarla a ciento cuarenta (140) días.

Finalmente, en cuanto al accionar de las entidades vinculadas al trámite constitucional, esto es APORTES EMPRESARIALES S.A.S., ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y la Dra. ALEXANDRA GUARDIA MEDRANO, no se evidencia vulneración alguna frente a los derechos fundamentales de la accionante, por cuanto como se ha dejado claro, la obligación de efectuar el pago de la licencia de maternidad corresponde a la Entidad Prestadora de Salud.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.007.688.232, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la entidad accionada NUEVA E.P.S. S.A., o quien haga sus veces que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la señora LENDYS CAROLINA JIMENEZ VELASQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.007.688.232, la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al período 09/01/2023 al 14/05/2023, por el nacimiento de su hijo.

TERCERO: DESVINCULAR a APORTES EMPRESARIALES S.A.S., ADMINISTRADORA DE RECURSOS DE SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y la Dra. ALEXANDRA GUARDIA MEDRANO, de esta acción de tutela, por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Por secretaría, notifíquese el presente fallo por la vía más expedita a todos los sujetos procesales, a los terceros vinculados y a la Defensoría del Pueblo.

QUINTO: En el evento que el presente fallo no sea impugnado, dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO JUNIOR CARBONÓ ARIZA
Juez