TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-225/24

LICENCIA DE MATERNIDAD-Situaciones de abuso del derecho

(…) la licencia no podía ser reconocida en la parte que excede el 40% respecto del promedio de cotización de los 12 meses anteriores… no era posible justificar la negación de los derechos de la recién nacida y su madre a la licencia de maternidad basados en el abuso del derecho en el que habría incurrido la empresa… la cual figura en el Sistema de Seguridad Social como aportante de la peticionaria.

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Importancia del reconocimiento y pago de la licencia como medio de protección de la madre y del recién nacido

LICENCIA DE MATERNIDAD-Alcance y objetivo

MUJER EN EL CAMPO LABORAL-Discriminación

DERECHO AL TRABAJO Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO-Garantía constitucional de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

ABUSO DEL DERECHO-Jurisprudencia constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedimiento para determinar si se configura abuso del derecho

PRINCIPIO PRO PERSONA-Aplicación

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Primera de Revisión de Tutelas

SENTENCIA T-225 de 2024

Referencia: Expedientes AC T-9.751.164 y T-9.751.853.

Acciones de tutela formuladas por Miranda en contra de Salud Total EPS e Industrias Gabana S.A.S.; y por Liliana en contra de Salud Total EPS.

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Juan Carlos Cortés González y las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo, quien la preside, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Esta decisión se expide en el proceso de revisión del fallo de tutela dictado en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga – Descentralizado en Girón el trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023), dentro de la acción de tutela promovida por Miranda en contra de Salud Total EPS y la empresa Industrias Gabana S.A.S. Por otra parte, la decisión se expide dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué el cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023) y, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué el dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Liliana en contra de Salud Total EPS.

Los expedientes fueron seleccionados para revisión mediante auto del 30 de noviembre de 2023 por la Sala de Selección de Tutelas Número Once conformada por los magistrados Juan Carlos Cortés González y Antonio José Lizarazo Ocampo, y asignados por reparto a la magistrada Natalia Ángel Cabo para la sustanciación y elaboración de la ponencia.

Aclaración previa

En auto del 9 de febrero de 2024, de conformidad con lo señalado en la Circular No. 10 de 2022, expedida por la presidencia de la Corte Constitucional y relacionada con la "anonimización de nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional", la magistrada sustanciadora ordenó la sustitución de los nombres de las accionantes y las empresas accionadas. Por lo anterior, se dispuso cambiar en el sistema de control de términos y en la información que se divulgue en la página web de la Corte el nombre de la accionante en el expediente T-9.751.164 por Miranda y el de la empresa accionada por Industrias Gabana S.A.S; de igual forma, en el expediente T-9.751.853, se dispuso el cambio del nombre de la accionante por Liliana y el de la empresa vinculada por Rodamil S.A.S. Con dichos nombres se identificarán en esta sentencia.

I. I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. 1. En esta oportunidad, la Sala Primera de Revisión de Tutelas estudió dos acciones de tutela presentadas contra Salud Total, de forma independiente por Miranda y Liliana. En el caso de la señora Miranda, la tutela también se formuló contra la empresa Industrias Gabana S.A.S., la cual aparece como aportante de las cotizaciones de la actora. Las peticionarias reclamaron la vulneración de sus derechos al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social ante la negativa de la EPS de pagar la licencia de maternidad. La EPS accionada argumentó, para cada caso, que existían razones que hacían que el pago de las prestaciones estuviera glosado. En el caso de Miranda, la EPS manifestó que existía una variación significativa del IBC durante el embarazo y que el vínculo entre la empresa y la accionante no era claro. Por otro lado, en el caso de Liliana, la EPS señaló que se configuró una causal de abuso del derecho que impedía el pago de la prestación mencionada.

2. La Corte Constitucional encontró que ambas tutelas eran procedentes. En cuanto al fondo, la Sala de Revisión hizo un recuento sobre la licencia de maternidad, su naturaleza, finalidad y los sujetos a quienes busca proteger. La Sala también se refirió a las circunstancias de abuso del derecho en la jurisprudencia constitucional y reiteró que, para examinar si tal situación se configura, es necesario que el juez constitucional se haga un criterio propio de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y, de ser necesario, determine las consecuencias correspondientes.

3. Así, en el estudio del caso concreto, la Corte Constitucional concluyó que la EPS vulneró los derechos al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de Miranda y Liliana, y de sus hijas. En relación con la señora Miranda, con base en una interpretación del derecho a la licencia de maternidad a la luz del principio pro-persona, la Corte determinó que las conductas ilegítimas de la empresa Industrias Gabana S.A.S. no podían de ninguna manera afectar el amparo de los derechos fundamentales de las beneficiarias de la licencia de maternidad. No obstante, con base en las normas aplicables al caso, la Sala encontró que la licencia no podía ser reconocida en la parte que excede el 40% respecto del promedio de cotización de los 12 meses anteriores.

4. Por otro lado, respecto de la señora Liliana, la Sala de Revisión adelantó un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodearon el caso concreto con el fin de establecer qué consecuencia traería la configuración de una causal de abuso del derecho en el pago de la licencia de maternidad. A partir de este estudio, con base en la naturaleza de la protección de esta figura y la aplicación del principio pro-persona, la Sala encontró que no era posible justificar la negación de los derechos de la recién nacida y su madre a la licencia de maternidad basados en el abuso del derecho en el que habría incurrido la empresa Rodamil S.A.S., la cual figura en el Sistema de Seguridad Social como aportante de la peticionaria. Por lo anterior, la Corte Constitucional también declaró que la EPS debía pagar la licencia de maternidad a la actora, en esta ocasión, con base en lo que cotizó durante su embarazo.

. ANTECEDENTES

5. En el 2023, Miranda y Liliana presentaron, de manera separada, acciones de tutela en contra de la EPS Salud Total. En el caso de Miranda, la solicitud del amparo también se formuló en contra de la empresa Industrias Gabana S.A.S. Las acciones están relacionadas con la ausencia de pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS accionada en perjuicio de ambas tutelantes. Aunque los casos tienen algunos elementos en común, para mayor claridad, se expondrán los hechos relevantes de cada uno separadamente.

Expediente T-9.751.164: Miranda contra Salud Total EPS e Industrias Gabana S.A.S.

6. Miranda interpuso personalmente acción de tutela en contra de Salud Total EPS y la empresa Industrias Gabana S.A.S para obtener la protección de sus derechos y los de su hija al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad. A continuación, se describen los hechos

centrales de la acción de tutela y las actuaciones surtidas en el trámite.

Hechos y acción de tutela

7. La señora Miranda era cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de dependiente de Industrias Gabana S.A.S. Sin embargo, según señaló la ciudadana, pagaba su seguro en esa empresa mes a mes de manera independiente. Al respecto, estableció: "por medio de esta empresa pude pagar mi seguridad social, sin dejar de pagarlo ningún mes".

8. La hija de la accionante nació el 8 de junio de 2022. La señora Miranda manifestó que inició la reclamación de la licencia de maternidad en la EPS Salud Total, la cual hizo la transcripción de la licencia por $16.720.038 el 25 de julio de 2022. Sin embargo, la ciudadana acusó a la EPS de retrasar el trámite de la solicitud. Señaló que la EPS "ha puesto innumerables impedimentos para [que la licencia sea] pagada a través de la empresa con la cual estoy pagando mi seguridad social".

9. Miranda, actuando en nombre propio y de su hija, interpuso acción de tutela para la protección de sus derechos al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad. La accionante manifestó que es una persona de escasos recursos económicos, por lo que, ante la ausencia del pago de la licencia de maternidad, ha tenido que cubrir con préstamos los días que dejó de trabajar en la licencia. La ciudadana solicitó ordenar a la EPS demandada "reconocer y cancelar directamente y sin intermediaciones y/o dilaciones las incapacidades correspondientes a la LICENCIA DE MATERNIDAD" y que dicha cancelación se realice en consideración al IBL "y la fecha de cada incapacidad conforme al Artículo 9 del Decreto 770 de 1.975".

Respuesta de la EPS accionada

10. Salud Total manifestó que no vulneró los derechos de la accionante. La EPS señaló que halló inconsistencias que ameritaron auditar el caso, entre las que se encuentra el hecho de que la ciudadana cotizó por un elevado salario durante el embarazo, tras lo cual la cotización se redujo a un salario mínimo, lo que elevaría el monto con el que se liquida la licencia de maternidad. Además, señaló que la empresa Industrias Gabana S.A.S. no está autorizada para realizar afiliaciones colectivas.

Sentencia objeto de revisión

Pruebas que obran en el expediente

* Oficio de Salud Total EPS con fecha del 29 de julio de 2022 dirigido a Industrias Gabana S.A.S. en el cual la entidad solicita a la empresa una serie de documentos necesarios para continuar el control legal de auditoría del caso, entre los que se encuentran: (i) copia de los desprendibles de pago de nómina de los últimos 6 meses de la señora Miranda; (ii) copia de los pagos correspondientes a los últimos 6 meses, reportados a la administradora de riesgos laborales y la administradora de fondos de pensiones; y (iii) copia del contrato laboral.

* Oficio de Salud Total EPS con fecha del 7 de febrero de 2023, en el cual remite respuesta a la señora Miranda sobre los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud que constan en los archivos de la entidad.

Expediente T-9.751.853: Liliana contra Salud Total EPS

12. Liliana interpuso acción de tutela en contra de la EPS Salud Total por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, mínimo vital e igualdad. Posteriormente, al trámite fueron vinculadas la empresa Rodamil S.A.S. y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social (en adelante UGPP). A continuación, se describen los principales hechos de la acción de tutela y las actuaciones adelantadas.

Hechos y acción de tutela

13. Liliana manifestó estar afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en la EPS Salud Total como dependiente de la empresa Rodamil S.A.S., la cual cotizaba con base en un ingreso mensual de $1.160.000.

14. La señora Liliana señaló que el 30 de julio de 2022 Salud Total le otorgó una incapacidad por 126 días debido a licencia de maternidad, por lo que informó a la empresa para que realizara su cobro a Salud Total.

15. La accionante manifestó que, aunque Salud Total generó un comprobante, no se ha realizado ningún reconocimiento. La ciudadana solicitó el amparo a sus derechos

fundamentales arriba mencionados y señaló lo siguiente:

“La empresa ha realizado el pago total y completo de cada uno de los aportes mensuales de mi seguridad social desde mi vinculación con la empresa, pero la EPS me niega el pago de mi incapacidad argumentando que la empresa no realizó el pago de las cotizaciones en forma oportuna. La EPS sin embargo, ha aceptado dichos pagos extemporáneos con lo cual ha convalidado la posible mora en que ha podido incurrir la empresa y por tanto debe reconocerme y pagarme las incapacidades que me fueron otorgadas”.

16. El Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué admitió la acción de tutela en contra de Salud Total EPS el 2 de mayo de 2023 y ordenó vincular a Rodamil S.A.S. al trámite.

17. La EPS emitió respuesta en la cual explicó que, de acuerdo con el Área de Prestaciones Económicas, la entidad validó las incapacidades a nombre de la empresa Rodamil S.A.S. correspondientes a cinco personas, entre las que se encuentra Liliana. La EPS señaló que “la empresa utiliza el subtipo de cotizante 04 para evadir el pago a pensión” de, entre otras personas, la señora Liliana. Es decir, que la empresa reportó a la ciudadana en el Sistema de Seguridad Social Integral bajo unas características que no corresponden a su tipo de cotizante, con el fin de evadir la obligación de pagar los aportes completos al sistema y, por el contrario, cotizar únicamente al subsistema de salud. Por lo anterior, el caso fue reportado a la UGPP para la investigación pertinente.

18. Salud Total manifestó que remitió solicitud de prueba del vínculo laboral de la empresa con la ciudadana sin que se recibiera respuesta. Por lo anterior, la EPS concluyó que existe un posible fraude por parte de Rodamil S.A.S., en razón a la vinculación engañosa de ciudadanos que, en realidad, cotizan al sistema general de seguridad social como independientes. En ese sentido, la EPS señaló que no está facultada para generar el pago de una licencia frente a la que está en curso un proceso de control interno y denuncia penal por presunto fraude.

19. Por su parte, Rodamil S.A.S. defendió la improcedencia de la acción de tutela en su contra. Argumentó que: (i) es Salud Total EPS quien vulnera los derechos de la señora Liliana, pues no le ha autorizado el pago de las incapacidades que fueron presentadas oportunamente para el pago, lo cual causa una violación a los derechos de la accionante y a

lo establecido en el inciso segundo del artículo 24 del Decreto 4023 de 2011; (ii) la empresa ha efectuado los aportes mensuales de ley, por lo que es la EPS la entidad responsable de pagar las incapacidades de la accionante; (iii) si el argumento de la EPS es que el empleador no envió a tiempo las cotizaciones, la recepción de las sumas de dinero por parte de Salud Total constituye un allanamiento en mora, por lo que la entidad no podría negarse al pago de la incapacidad.

Sentencia de primera instancia, impugnación y auto que decreta nulidad

20. El 16 de mayo de 2023 el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué profirió sentencia en la que concedió el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a Salud Total a hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad.

21. La EPS impugnó el fallo de tutela y solicitó que la tutela se declarara improcedente con el argumento de que la entidad no está facultada para generar el pago de una licencia de maternidad sobre la que, de acuerdo con sus procesos de auditoría, puede existir un posible fraude. La entidad reiteró que la empresa Rodamil S.A.S. "capta ciudadanos independientes y utiliza el subtipo de cotizante 04 para evadir el pago de pensión", razón por la cual la entidad generó el debido reporte a la UGPP. Por lo anterior, la EPS hizo mención de la presunta configuración de una situación de abuso del derecho, y estableció que puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía para que se adelante la investigación que haya lugar.

22. La impugnación fue concedida el 30 de mayo de 2023 y su estudio le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué. El 10 de julio de 2023, este juzgado resolvió el recurso. En sus consideraciones, advirtió una "presunta ilicitud en el comportamiento de RODAMIL S.A.S., quien mediante un comportamiento fraudulento vienen [sic] afectando los recursos limitados del SGSSS". Adicionalmente, el Juzgado reconoció un interés jurídico en la UGPP para participar en el proceso, bajo el argumento de que debía participar en asuntos judiciales en donde se advierta una variación del 40% del Ingreso Base de Cotización (en adelante IBC) del trabajador dependiente respecto del promedio de los 12 meses anteriores para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

23. En virtud de lo anterior, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Ibagué decretó la nulidad de todo lo actuado hasta el auto admisorio de la demanda y devolvió el expediente al Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento para subsanar el vicio y vincular a la UGPP al trámite.

Segunda respuesta de la EPS accionada y de las entidades vinculadas

24. Salud Total EPS reiteró los argumentos expuestos en relación con la configuración de un presunto fraude y solicitó declarar la improcedencia del amparo.

25. La empresa Rodamil S.A.S. indicó que la señora Liliana se encuentra vinculada a la entidad y afirmó que ha pagado todos los aportes al sistema de seguridad social. Señaló que Salud Total es quien debe cancelar la incapacidad de la accionante y solicitó declarar la improcedencia de la tutela en su contra.

26. Por último, aunque el Juzgado notificó a la UGPP para pronunciarse, la entidad guardó silencio.

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

27. El Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué profirió sentencia el 4 de agosto de 2023 en la que concluyó que los derechos fundamentales a la salud, vida, mínimo vital, igualdad y seguridad social de la accionante fueron vulnerados ante el no pago de la incapacidad de la licencia de maternidad por parte de la EPS Salud Total.

28. En primer lugar, el despacho consideró que en el presente asunto la acción de tutela resulta un mecanismo idóneo pues se verifican los aspectos exigidos por la jurisprudencia constitucional en la materia porque (i) transcurrió menos de un año desde el nacimiento de la hija de la accionante y, (ii) la ciudadana percibe ingresos únicamente en virtud de la actividad que desarrollaba con Rodamil S.A.S. y que en la actualidad no puede adelantar por incapacidad.

29. En segundo lugar, el Juzgado señaló que el pago de la prestación económica por licencia de maternidad es indispensable para suplir los ingresos de la accionante que, con motivo del nacimiento de su hija, dejó de percibir, pues esta carencia incide negativamente en el

mínimo vital y la vida digna de ambas. Por lo anterior, el juez ordenó a la EPS hacer efectivo el pago correspondiente a 126 días de licencia de maternidad.

Impugnación y sentencia de segunda instancia

30. Salud Total radicó impugnación a la decisión de primera instancia el 10 de agosto de 2023. Por una parte, la entidad señaló que el presente asunto se relaciona con una prestación de carácter económico que no debería ser resuelta a través de la acción de tutela. Además, indicó que, de acuerdo con los pronunciamientos del Ministerio de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud, el empleador es quien debe cancelar al trabajador el monto a reconocer por el acaecimiento de incapacidades o licencias de maternidad o paternidad, para luego adelantar de manera directa ante la EPS los trámites para su reconocimiento.

32. El estudio de la impugnación correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué. El 18 de septiembre de 2023, este Juzgado revocó el fallo de tutela de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo constitucional.

33. La autoridad judicial consideró que, de conformidad con los hechos narrados por Salud Total en relación con la existencia de un presunto fraude, "el derecho que se reclama fue obtenido al parecer fundadamente con ocasión de comportamientos contrarios a derecho". El despacho señaló que el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de riqueza cuando esta tiene origen en una actividad ilegítima. En todo caso, señaló que la señora Liliana puede acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para garantizar el goce de la licencia de maternidad y el resarcimiento de los perjuicios que haya podido sufrir, si así lo desea.

Pruebas que obran en el expediente

34. Una vez verificadas las pruebas relevantes que fueron aportadas al trámite de tutela, se destacan las siguientes:

* Certificado expedido por la ADRES sobre la afiliación y los aportes de la señora Liliana desde octubre de 2013 a marzo de 2023.

* Constancia de parto único espontáneo por Liliana, expedida el 31 de julio de 2022 por parte de la Unidad Materno Infantil del Tolima S.A.

* Certificado de incapacidad general para Liliana del 30 de julio de 2022 al 2 de diciembre de 2022, generado por Salud Total el 17 de febrero de 2023.

* Oficio de Salud Total EPS con fecha del 23 de marzo de 2023, en el cual solicita a la empresa Rodamil S.A.S. que, ante la solicitud de reconocimiento de la licencia de maternidad de la señora Liliana, remita (i) copia del contrato laboral; (ii) copia de los desprendibles de pago de nómina de septiembre de 2022 a febrero de 2023; y (iii) copia de los pagos correspondientes de septiembre de 2022 a febrero de 2023 reportados a la administradora de riesgos laborales y la administradora de fondos de pensiones.

* Informe Gerencial de Auditoría de Salud Total EPS con fecha de finalización del 24 de marzo de 2023.

* Certificado de matrícula mercantil de Salud Total EPS.

. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

35. El asunto llegó a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que establece la obligación de remitir el expediente de tutela a esta Corporación para su eventual revisión. Mediante el auto del 30 de noviembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Once de la Corte Constitucional escogió los expedientes referidos para su revisión y, por sorteo, le correspondió a la magistrada Natalia Ángel Cabo la elaboración de la ponencia.

36. Mediante auto del 9 de febrero de 2024, la magistrada ponente ordenó la práctica de pruebas con el objetivo de contar con mayores elementos de juicio para verificar las circunstancias fácticas que rodean los casos, reunir la información necesaria para tomar una decisión y determinar la procedencia de la protección de los derechos fundamentales de las accionantes. Por lo anterior, el despacho solicitó a los jueces de instancia remitir copia íntegra de los expedientes de las acciones de tutela. Además, pidió información a las accionantes y las empresas involucradas para esclarecer los vínculos entre ellas y conocer el estado actual del trámite de reconocimiento y pago de la licencia. También solicitó información a la EPS accionada sobre los procedimientos de auditoría y denuncias penales que realizó en contra de las empresas. Por último, el despacho vinculó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección

Social – UGPP como tercera interesada en el proceso adelantado por la señora Miranda, dado el posible interés jurídico que pudiera tener en el caso.

38. En el marco del expediente T-9.751.164, Salud Total manifestó que, en virtud de su mandato legal de adoptar mecanismos de control para prevenir e impedir la comisión de conductas que puedan ser contrarias a los principios que rigen el sector salud, la EPS puede solicitar información con miras a verificar la veracidad de los aportes. Dado lo anterior, la prestación de licencia de maternidad reconocida a Miranda por $16.720.000 fue auditada por el área de control interno de la entidad, en donde se "detectó la variación del IBC, el incremento de este durante el periodo de gestación, con relación al IBC antes del embarazo y al inicio de la Licencia de Maternidad".

39. El proceso de auditoría que realizó la accionada concluyó que: (i) la accionante fue afiliada como cotizante dependiente de Industrias Gabana S.A.S durante el primer trimestre del embarazo con un IBC de $4.400.000; (ii) fue reportada por su empleador con el subtipo de cotizante que tiene "requisitos cumplidos para pensión", lo cual, dada la edad de la accionante, no corresponde con la realidad; (iii) después del parto, el IBC de la señora Miranda disminuyó a 1 salario mínimo; (iv) al entablar comunicación por vía telefónica, Miranda manifestó:

"Que estuvo laborando por contrato de prestación de servicios con una IPS más o menos hasta octubre de 2021, y le tocó retirarse porque es enfermera cuidadora y no podía continuar por el embarazo. Después continuó realizando los aportes como independiente por una cooperativa, le entrega mensualmente a un muchacho $143.000 por pago del seguro";

40. Además, (v) aunque la entidad promotora solicitó los soportes a Industrias Gabana S.A.S. y a la accionante sobre la existencia de la relación laboral en agosto de 2022, estas no emitieron respuesta a la solicitud de información; y (vi) en relación con el estado actual del proceso de auditoría, Salud Total señaló que hasta tanto la accionante o la empresa "procedan a esclarecer las inconsistencias encontradas, el pago de la prestación económica queda glosada". Por último, la EPS resaltó que, al conocer el fallo de tutela, la señora Miranda guardó silencio y no impugnó la decisión de primera instancia.

41. En el marco del expediente T-9.751.853, la EPS accionada señaló que la señora Liliana se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de contrato

laboral con la empresa Rodamil S.A.S "desde el 28 de julio de 2021 a la fecha vigente, con mora en aportes". Salud Total señaló que estos se activan en los casos en los que se evidencian presuntas irregularidades. En el asunto puntual, estas consisten en realizar afiliaciones con usuarios en los que presumen relaciones laborales no comprobadas y/o en las que los aportes de sus presuntos trabajadores no corresponden a los subtipos de cotizante reales (por ejemplo, porque las empresas aportantes reportan cotizantes que no están obligados a cotizar pensión por edad, sin que esto se corresponda con la realidad).

42. Salud Total señaló que la empresa Rodamil S.A.S. "[p]resenta alrededor de 46 casos para ser requerido ante la UGPP por omisión en la vinculación de aportes de sus presuntos trabajadores". En el caso de Liliana, la EPS señaló que el 24 de marzo de 2023, el área de cartera reportó el caso "ya que al efectuar auditoría […] se detectó que utilizan el subtipo de cotizante 04 para evadir el pago a pensión". En otras palabras, la empresa reporta a sus afiliados con un subtipo de cotización que solo puede ser utilizado cuando la persona tiene la edad mínima para recibir pensión de vejez. Esto, con el objetivo de solo pagar al sistema de salud y evitar las cotizaciones a pensiones, riesgos laborales y/o parafiscales. En consecuencia, estableció la EPS, dado que la accionante nació en 1992, por su edad no es posible que sea reportada como una cotizante que está exenta de dar aportes para pensión.

43. La accionada señaló que existen denuncias penales contra la empresa, pues son varios presuntos trabajadores que no cumplen con las características ni requisitos para cotizar con los que la compañía, como aportante, los reporta al sistema. La EPS reiteró que a pesar de haber requerido al empleador para soportar la presunta relación laboral el 23 de marzo de 2023, no obtuvo respuesta y que es su responsabilidad reportar de forma adecuada la información de sus dependientes.

44. Por otra parte, la EPS se refirió a los recursos públicos de los que proviene el pago de las licencias de maternidad, y señaló que debido a que estos pertenecen a la ADRES, "no le es dable a la EPS realizar pagos que no cumplan con los requisitos dispuestos por la normatividad que rige lo referente al pago de las licencias de maternidad". Por último, la EPS adjuntó ejemplo de una sentencia penal contra dos ciudadanos que fueron condenados por fraude procesal y otros delitos, en la cual se explica que las empresas que representaban legalmente -distintas a las examinadas en el presente caso-, vincularon a ciudadanas que no contaban con recursos para pagar su afiliación a salud bajo la promesa de que estarían

cubiertas durante su embarazo y, al finalizar la gestación, las persuadían para hacer el trámite de cobro de la licencia de maternidad. Las empresas se quedaban con una gran parte del pago, mientras que daban a las ciudadanas un pequeño monto a modo de "subsidio".

45. En virtud de estas consideraciones, la EPS accionada solicitó que la Corte Constitucional confirme la sentencia proferida en segunda instancia.

46. Tras recibir las anteriores respuestas, el 4 de marzo de 2024, la magistrada sustanciadora expidió un segundo auto de pruebas en el que solicitó a la EPS accionada adjuntar la constancia de afiliación de la señora Liliana y la relación de los aportes de la ciudadana en la que constaran los periodos cotizados y el IBC. Además, en relación con la acción de tutela interpuesta por la señora Miranda, el auto de pruebas: (i) consultó a Salud Total si había instaurado denuncias contra los representantes legales de la empresa Industrias Gabana S.A.S. y (ii) pidió a la accionante explicar por qué razones había existido una variación significativa en su IBC. Por último, el auto ordenó la vinculación de la ADRES, al considerar que la entidad podría tener un interés en la decisión que adopte la Corte Constitucional, pues si resulta en el reconocimiento de prestaciones económicas, esto podría tener incidencia en los recursos que la entidad administra.

47. En relación con el expediente T-9.751.853, el 7 de marzo de 2024, Salud Total remitió al despacho sustanciador la certificación de afiliación y pagos relativos a Liliana. El 8 de marzo siguiente, la EPS dio respuesta a la pregunta del despacho sobre el expediente T-9.751.164. La entidad reiteró las conclusiones sobre las situaciones fácticas que rodean el caso de Miranda y adjuntó una denuncia radicada en la Fiscalía General de la Nación el 4 de marzo de 2024 en contra de "personas por determinar, por la comisión de conductas punibles tales como estafa sobre recursos públicos y en el sistema de seguridad social integral" en el marco de las afiliaciones de Industrias Gabana S.A.S.

48. Por su parte, el 12 de marzo de 2024, la ADRES dio respuesta al oficio de la Corte. Tras explicar el marco de sus funciones, la entidad realizó algunas consideraciones sobre el mínimo vital presuntamente vulnerado en los casos analizados. En este sentido, la ADRES señaló que, en licencias de maternidad, el no pago puede vulnerar este derecho de la madre y del recién nacido, por lo que en esos casos la tutela procede para reconocer la prestación. La entidad se refirió al marco jurídico que regula la licencia de maternidad y a las condiciones

establecidas en el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento y pago de la licencia. Adicionalmente, la interviniente estableció que el recobro ante la entidad procede cuando las entidades promotoras de salud y las entidades obligadas a compensar hacen el pago de las licencias de maternidad.

49. Frente a ambos casos, la entidad alegó la falta de legitimación por pasiva, pues señaló que la obligación de la ADRES en el marco del pago de licencias de maternidad surge una vez la EPS presenta las mismas para su devolución, lo cual no ha ocurrido aún, pues no se ha realizado el pago. La entidad explicó las condiciones que regulan el reconocimiento de la prestación de acuerdo al Decreto 760 de 2016 y el procedimiento a realizar para realizar el recobro ante la ADRES por parte de la EPS, respecto del cual señaló que la ADRES efectúa una validación de las condiciones para el reconocimiento de la prestación, de acuerdo con las disposiciones legales. Por último, la ADRES advirtió que, frente a la variación de aportes para el reconocimiento y el pago de las prestaciones económicas, el artículo 2.2.3.4.5 del Decreto 780 de 2016 señala que estas no serán tenidas en consideración para efectos de la liquidación de la prestación.

50. En el marco del expediente T-9.751.164, la Corporación recibió respuesta de la actora, Miranda, quien señaló brevemente que desconocía la razón de las variaciones en el IBC durante los meses de enero a junio del 2022. La accionante estableció que este incremento era responsabilidad de la empresa Industrias Gabana S.A.S, pues las actividades por las cuales ella recibía sus ingresos eran de un salario mínimo de la época.

51. Por otra parte, en relación con el expediente T-9.751.853, Rodamil S.A.S remitió escrito a través de su representante legal, quien estableció en su respuesta que la señora Liliana no cuenta con la calidad de trabajador dependiente de la empresa ni existe un contrato de trabajo entre ambas. El representante legal señaló que es Salud Total la encargada de realizar el pago de la prestación, por lo que no considera que la empresa esté evadiendo el pago. Por el contrario, la empresa siempre cotizó a nombre de la señora Liliana sobre un salario mínimo y manifestó que desconoce que se estén adelantando investigaciones en su contra. Además, adjuntó las planillas de cotización a la señora Liliana del año 2023.

1.1. Competencia

52. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los

fallos proferidos dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela

53. Los casos acumulados de este proceso tratan, en términos generales, de posibles vulneraciones al mínimo vital, la seguridad social y otros derechos por parte de la EPS Salud Total, en las cuales se observa un interés de las empresas con las cuales las accionantes tenían algún tipo de vínculo.

54. A continuación, la Sala analizará la procedencia de las acciones de tutela de cada caso con base en los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad. En caso de que las encuentre procedentes, la Sala se pronunciará sobre el debate constitucional derivado del problema jurídico de los casos.

Expediente T-9.751.164: la acción de tutela presentada por Miranda es procedente para buscar la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija

55. Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a interponer una acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados. El artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la persona puede actuar en nombre propio, a través de un representante legal, por medio de apoderado o mediante un agente oficioso. En el caso concreto, Miranda se encuentra legitimada, pues es la titular de los derechos cuyo amparo se solicita con la tutela. Además, como madre de la menor de edad, también encuentra legitimación en la causa para interponer la tutela por ser su representante legal.

56. Legitimación en la causa por pasiva. En esta oportunidad, la acción de tutela se promovió en contra de la EPS Salud Total y la empresa Industrias Gabana S.A.S. La EPS manifestó que, tras la auditoría del caso, encontró inconsistencias como el hecho de que la ciudadana cotizó por un salario más elevado durante el embarazo y después su cotización se redujo a un salario mínimo. Este Tribunal manifestó en casos anteriores que “la obligación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recae en las EPS”, por lo que es claro

que Salud Total EPS está legitimada en la causa por pasiva.

57. El artículo 86 superior establece que la acción de tutela busca la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales que la acción u omisión de las autoridades o, excepcionalmente, por actuar de los particulares. La presente acción de tutela fue interpuesta también en contra de Industrias Gabana S.A.S, empresa que, de acuerdo con las manifestaciones de las partes durante el proceso, podría tener injerencia en las razones que llevaron a la EPS a no reconocer la licencia. Esto se justifica en que la accionante figura como dependiente de Industrias Gabana S.A.S ante el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que existe un interés en los hallazgos y el resultado de la controversia que hacen que la empresa tenga legitimación por pasiva.

58. Por último, en sede de revisión, se vinculó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la ADRES como terceras interesadas en las resultas del proceso. La jurisprudencia constitucional reconoce que, aunque las entidades vinculadas no tengan relación directa con los hechos asociados al problema jurídico, sí pueden tener un interés en el resultado y prestar el apoyo para el eventual restablecimiento de los derechos. En esa medida, la Sala considera que estas entidades están legitimadas en la causa por pasiva como se pasa a explicar.

59. En el caso de la UGPP, esta entidad es a quien le compete adelantar acciones para el cobro de las contribuciones parafiscales y adelantar investigaciones pertinentes en los eventos en los que existan variaciones en el IBC durante los meses anteriores al inicio de la licencia. Este es uno de los puntos expuestos por la EPS accionada. Por su parte, la ADRES tiene interés en el proceso pues al administrar los recursos del sistema general de seguridad social en salud, el resultado del proceso puede suponer el reconocimiento de prestaciones sociales provenientes de los recursos que administra. En esa medida, ambas entidades se encuentran legitimadas para comparecer en la presente causa judicial como vinculadas por su interés directo en las órdenes que eventualmente adopte la Corte Constitucional en esta sentencia.

60. Inmediatez. La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que la acción de tutela debe interponerse dentro de un término razonable respecto del momento de la amenaza o la vulneración que se alega para ser oportuna. En particular, frente al reconocimiento de

licencias de maternidad, los pronunciamientos de la Corte exigen que la acción de tutela se presente dentro del año siguiente al nacimiento. En este caso, la acción de tutela fue interpuesta el 30 de enero de 2023, es decir, menos de un año después del nacimiento de la hija de la accionante, el 8 de junio de 2022. Por lo anterior, la Sala considera que se cumple con el requisito de inmediatez.

61. Subsidiariedad. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, el mecanismo de la acción de tutela podrá ser empleado cuando no exista un medio ordinario idóneo y eficaz para proteger los derechos presuntamente vulnerados o amenazados, o cuando existiendo otro mecanismo la tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

62. En relación con el análisis de idoneidad y eficacia del medio judicial ordinario, la jurisprudencia establece que el juez constitucional debe evaluar las circunstancias particulares del caso para determinar si la acción principal permite o no resolver la cuestión constitucional. Así, si el juez determina que el mecanismo ordinario no es idóneo ni eficaz, la tutela procederá como mecanismo definitivo.

63. En los casos en los que se solicita el reconocimiento de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional establece que, aunque en principio la acción de tutela no es el mecanismo judicial para resolver las pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, el amparo puede proceder para proteger los derechos fundamentales que podrían estar siendo vulnerados por la falta de reconocimiento de esta prestación social.

64. Específicamente, la Corte Constitucional aplica la presunción de la vulneración al mínimo vital tanto de la madre como del menor de edad cuando se niega el reconocimiento de la licencia de maternidad, de modo que exigir el agotamiento de los mecanismos judiciales ordinarios puede entorpecer el goce efectivo de los derechos fundamentales de ambos. En ese sentido, esta Corporación entiende que cuando la madre depende de los ingresos derivados de su actividad laboral y no tiene otras fuentes de ingresos, la imposibilidad de percibirlos

“[torna] a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su

hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia".

65. Por lo anterior, para la Sala es claro que en el caso concreto procede la acción de tutela como un mecanismo definitivo para reclamar el pago de la licencia de maternidad por la afectación al mínimo vital de la accionante y su hija porque (i) la señora Miranda manifestó que el pago de la licencia es su único sustento económico para ella y su hija, y que ha tenido que cubrir con préstamos los días que no ha devengado dinero; y (ii) la EPS no desvirtuó esta afirmación, por lo que la Sala, conforme lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, la tomará por cierta.

66. Por otra parte, en relación con las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, la Sala considera que no es un mecanismo efectivo ni idóneo. Por un lado, la superintendencia no tiene competencia para dirimir conflictos relativos a la falta de pago de las licencias de maternidad. Por otro lado, la Corte Constitucional de manera consistente señala que el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud no es un medio idóneo ni eficaz para proteger derechos constitucionales, dadas las dificultades de respuesta institucional reconocidas por la jurisprudencia. En consecuencia, con ocasión a la especial protección de la accionante y de su hija, someterla a un proceso jurisdiccional en la Superintendencia podría desconocer de manera desproporcionada la garantía a su mínimo vital. Por estas razones, la acción de tutela es procedente como un mecanismo definitivo de protección en este caso.

Expediente T-9.751.853: la acción de tutela presentada por Liliana es procedente para buscar la protección de sus derechos fundamentales

67. Legitimación en la causa por activa. Liliana, al ser la titular de los derechos cuya protección solicita a través de la acción de tutela, se encuentra legitimada para interponer el mecanismo de conformidad con lo que establece el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10.

68. Legitimación en la causa por pasiva. Salud Total EPS, al ser la obligada al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, tiene legitimación en el extremo pasivo de la acción. En particular, la Corte Constitucional, en sede de revisión, ha ordenado de manera constante y pacífica el pago de estas licencias a las EPS, incluso cuando se trata de trabajadoras

dependientes.

69. La Sala considera que Rodamil S.A.S también cumple con la legitimación por pasiva porque, en este caso, la empresa también puede tener injerencia en las razones que llevaron a la EPS a no reconocer el pago de la licencia, pues prima facie se observa que es quien cotiza a la seguridad social de la señora Liliana como dependiente.

70. Por último, el requisito también se cumple frente a la UGPP y la ADRES, porque, como se señaló para el expediente anterior, las eventuales órdenes de tutela pueden ser de su interés en el desarrollo de sus funciones y pueden prestar apoyo en el restablecimiento de los derechos, si es que hay lugar a ello.

71. Inmediatez. El requisito también está verificado en este caso. Conforme a la jurisprudencia en reconocimientos de licencias de maternidad, la tutela debe ser interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento. En el presente caso, las pruebas del expediente permiten concluir que el parto tuvo lugar el 30 de julio de 2022, mientras que la tutela fue interpuesta el 28 de abril de 2023, esto es, casi 9 meses después. En consecuencia, la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable.

72. Subsidiariedad. Por último, en atención a las consideraciones realizadas en el análisis del requisito de subsidiariedad del expediente T-9.751.164, la Sala considera que, en el presente expediente, la acción de tutela se presenta como el mecanismo definitivo para la defensa de los derechos fundamentales de la accionante.

73. En efecto, opera en este caso la presunción según la cual la ausencia de un pago oportuno de la licencia de maternidad afecta el mínimo vital y la vida digna de la señora Liliana y de su hija. Como lo estableció la actora, la incapacidad no reconocida constituye su salario y es el "único medio de subsistencia y el de [su] familia", argumento que no fue desvirtuado por las partes del proceso. En esa medida, la Sala considera que en el caso bajo estudio puede existir una afectación al mínimo vital que debe ser protegido a través de la acción de tutela.

74. Además, dadas las razones que se explicaron en líneas precedentes para el expediente T-9.751.164, no es exigible el agotamiento de la vía ordinaria a través de la Superintendencia Nacional de Salud, pues esta entidad no tiene competencia para dirimir conflictos

relacionados con el reconocimiento de licencias de maternidad y, en cualquier caso, no resulta un medio idóneo ni eficaz para garantizar los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

3.3. Presentación del problema jurídico y metodología de la decisión

75. En atención a los hechos planteados, en este caso corresponde a la Corte establecer si ¿una EPS vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de las madres y de sus hijas recién nacidas, al negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a pesar de cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto 1427 de 2022, con fundamento en que existían procesos internos de auditoría y situaciones de presunto abuso del derecho por parte de las empresas cotizantes, que hacían imposible efectuar el pago?

76. El presente caso pone de presente el abordaje de intereses en tensión. Por una parte, los hechos objeto de análisis invitan a reflexionar sobre la naturaleza de la licencia de maternidad y los sujetos de especial protección que ampara. Por otra parte, en el marco de las licencias de maternidad, las circunstancias del caso sugieren explorar el equilibrio entre, por un lado, la presunción de buena fe constitucional, la protección de los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido y, por otro, la posible configuración de situaciones de abuso del derecho en contextos de informalidad laboral en mujeres y asimetría en la información sobre el sistema de seguridad social.

77. De esta manera, esta ponencia abordará el marco constitucional y legal de las licencias de maternidad como una garantía de los derechos de las mujeres y de las personas recién nacidas. Seguidamente, se hará referencia a los requisitos normativos para su reconocimiento y pago de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional. Después, la Corte se referirá a las situaciones de abuso del derecho y la presunción de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano, en particular, en lo que respecta a las licencias de maternidad. Por último, la Corte se referirá a cada caso concreto y resolverá el problema jurídico propuesto.

4.4. La licencia de maternidad como garantía de los derechos de las mujeres y de las personas recién nacidas. Reiteración de jurisprudencia.

78. Naturaleza y finalidad. La licencia de maternidad es una de las licencias parentales reconocidas en el ordenamiento jurídico colombiano y, en esencia, es un mecanismo de protección a madres e hijos que se ampara en los principios constitucionales de solidaridad e igualdad. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte reconoce que esta prestación económica se basa en dos fundamentos constitucionales: por un lado, la garantía de los derechos de las mujeres y la maternidad, y, por otro lado, la protección de las personas recién nacidas y de la familia. En los términos de esta Corporación,

"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".

79. En relación con la protección de las mujeres y de la maternidad, la licencia en época del parto materializa la garantía reconocida en el artículo 43 de la Constitución Política, conforme al cual los hombres y las mujeres deben gozar de las mismas oportunidades. Además, la licencia reafirma la especial asistencia y protección durante el embarazo y después del parto para las mujeres. Esta prestación, vista desde esta perspectiva, es una figura que permite reconciliar los roles productivo, reproductivo y de cuidado de la mujer, en tanto reconoce una prestación económica mientras se transita un periodo destinado a la recuperación física y emocional tras el parto.

80. En el marco jurídico internacional incorporado al bloque de constitucionalidad, varios instrumentos ratificados por Colombia consagran los derechos al cuidado y asistencia especiales en relación con la maternidad y la infancia, como lo hace el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece la obligación de especial protección a las madres y el reconocimiento de una licencia con remuneración, y el artículo 9.2 del Protocolo de San Salvador, que prevé el derecho a la seguridad social también en el escenario de licencias de maternidad. De la misma manera, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé la obligación para los Estados de reconocer la licencia de maternidad "con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables", con el fin de evitar la discriminación con ocasión de la maternidad y

asegurar el derecho al trabajo.

81. Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico colombiano garantiza esta protección especial con la reglamentación de la licencia de maternidad. Al respecto, el artículo 235A del Código Sustantivo del Trabajo señala que "la maternidad gozará de la especial protección del Estado" y el artículo 236 reglamenta "la licencia en la época del parto" y los "incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido".

82. Por otra parte, la licencia de maternidad materializa una protección prevalente de los derechos de los niños y niñas. De conformidad con el mandato de los artículos 44 y 45 de la Constitución, el Estado y la sociedad tienen el mandato de garantizar el interés superior y la protección integral a la niñez. Además, en el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, en los artículos 7 y 18 los derechos de los niños y niñas a ser cuidados por sus padres y que estos estén involucrados en su crianza y desarrollo. En particular, el artículo 18.2 establece que el Estado debe prestar

"la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños".

83. Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia de la Corte establece que la licencia de maternidad es el instrumento mediante el cual el Estado garantiza que la persona recién nacida goce de completa atención y cuidado durante los primeros meses de su vida en donde su fragilidad y necesidad de atención, amor, estabilidad y apego seguro es evidente. Por su parte, UNICEF indica que estudios en el tema demuestran que la licencia en la época del parto contribuye al desarrollo saludable de los recién nacidos, facilita la lactancia materna e incluso ayuda a reducir los riesgos de mortalidad infantil en algunos casos.

84. La Sala Plena de esta corporación señala que la licencia de maternidad materializa el deber de protección para los niños, niñas y adolescentes, al señalar que cumple con la función de garantizar

"al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo, la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del

menor a la sociedad".

86. Así, bajo la sombrilla de la protección constitucional a la familia que consagran los artículos 7 y 42 del texto constitucional, las licencias remuneradas permiten la creación de vínculos familiares, reafirman el rol de protección de los progenitores y contribuyen a permitir que todos los miembros del grupo familiar intervengan en las tareas de cuidado. En ese sentido, la familia puede disponer de un espacio propicio para iniciar relaciones de apego de manera armónica, colaborativa, digna y de calidad.

87. En suma, la licencia de maternidad es una de las medidas que adopta el ordenamiento jurídico para promover el mandato de igualdad de las mujeres en el trabajo y en la seguridad social. Al mismo tiempo, es una medida encaminada a salvaguardar los derechos de la persona que acaba de nacer, especialmente al cuidado, la protección y el amor. Por último, las licencias en época de parto buscan proteger a la familia como elemento fundacional de la sociedad en la medida en que ofrecen una salvaguarda económica mientras el grupo familiar se ajusta a la llegada de un nuevo miembro.

88. En este contexto, la Corte considera necesario resaltar que el acceso a prestaciones sociales como la licencia de maternidad sigue siendo un privilegio al que no tienen acceso todas las madres del país. El reconocimiento de esta prestación económica, que debe estar mediado por el cumplimiento de requisitos legales, suele dejar por fuera a mujeres menos favorecidas que, a pesar de dedicar su tiempo a una actividad productiva, no están incluidas en la fuerza laboral formal o no tienen acceso a las condiciones de estabilidad económica para reconocerse a sí mismas como independientes frente al sistema de seguridad social.

89. Al respecto, diversos estudios identifican los escenarios de discriminación laboral que enfrentan las mujeres para el acceso al empleo formal, y confirman la persistencia de brechas de género que pueden afectar, por ejemplo, su eventual acceso a la pensión. Si bien aún no existen cifras que den cuenta del número de madres trabajadoras informales que se ven afectadas por la falta de acceso a la licencia de maternidad en el país, una investigación sobre el trabajo doméstico y cuidado no remunerado indica que:

"la exclusión de las mujeres del mercado remunerado formal les genera una sustracción casi automática del sistema contributivo de seguridad social y salud e implica una exclusión de todas las prestaciones conexas a las que tendría derecho con un trabajo estándar. En este

sentido, se afecta el acceso a las prestaciones a corto, mediano y largo plazo como: las licencias de maternidad o enfermedad, el pago de incapacidades, la cobertura por riesgos profesionales y el derecho a obtener una pensión en caso de invalidez o de vejez o pensiones especiales como la pensión anticipada por hijo en situación de discapacidad".

90. Por su parte, también la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido las circunstancias de desventaja que inducen a mayores índices de desempleo, segregación e informalidad laboral. Por ejemplo, en la sentencia C-197 de 2023, la Sala Plena de la Corte reiteró la persistencia de las brechas de género al analizar la igualdad de las mujeres en el ámbito de la seguridad social para el acceso a pensiones. En esa medida, ante la presencia de una tasa de informalidad laboral de 41,0% para las mujeres en ciudades y 85,4% en centros poblados y rurales dispersos, esta Sala observa que la prestación económica reconocida en la licencia de maternidad a la mujer trabajadora es un derecho frente al que aún existen brechas de acceso relacionadas con los altos índices de informalidad en la fuerza de trabajo femenina.

91. Ahora bien, de cara al caso concreto, a continuación, la Corte explicará las disposiciones sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, que son aplicables a los asuntos bajo examen, de acuerdo con su vigencia. Así, la Sala hará referencia al Decreto 780 de 2016 y al Decreto 1427 de 2022, teniendo en cuenta que cuando se causó la licencia de maternidad de la señora Miranda seguía vigente el primero, mientras que en el evento de Liliana ya estaba en vigencia el segundo.

92. Requisitos normativos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. El Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, en su artículo 2.1.13.1, señala que para el reconocimiento y el pago de la licencia, la afiliada debe haber efectuado aportes durante los meses que correspondan a su periodo de embarazo. La disposición presenta las reglas a seguir cuando las cotizaciones de trabajadores y trabajadoras dependientes e independientes se hayan realizado por un periodo inferior al de la gestación, y en los casos en donde no existió pago oportuno de aquellas. Por otra parte, el artículo señala la manera en la que se liquida el pago de las trabajadoras independientes en el caso en el que existan altas variaciones en el Ingreso Base de Cotización (IBC).

Por otro lado, el 29 de julio de 2022, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1427, el cual

establece de manera concreta tres presupuestos para acceder a la licencia de maternidad: (i) estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizante y activo; (ii) haber efectuado pagos durante todos los meses que correspondan al periodo de gestación y (iii) contar con el certificado médico de la licencia de maternidad.

93. A su vez, el decreto establece que el reconocimiento de la licencia de maternidad se realizará "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 partir de la lectura de la norma, y como lo ha interpretado esta Corporación, es claro que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir del citado artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, depende de estas condiciones.

94. De las consideraciones anteriores, la Sala resalta que la naturaleza de la licencia de maternidad es la de un mecanismo de protección en tres direcciones: para la madre trabajadora, para la persona que acaba de nacer y para la familia. En ese sentido, el ordenamiento jurídico establece las condiciones necesarias para su reconocimiento y pago. Empero, es importante admitir que los obstáculos en el acceso al mercado remunerado formal dificultan que las madres trabajadoras informales en el país accedan a la licencia y tengan un periodo de descanso después del parto. Además, las circunstancias descritas dejan estas mujeres vulnerables frente a prácticas fraudulentas que buscan sacar provecho del periodo de especial protección en el que se encuentran durante su embarazo.

95. En suma, la licencia materializa el Estado Social de Derecho porque reconoce una prestación económica por medio de la cual se amparan los derechos de sujetos de especial protección constitucional. Asimismo, la licencia de maternidad, como todo derecho, conlleva obligaciones y responsabilidades que exigen, en primera medida, que sus titulares hagan un uso responsable de las prestaciones que les son reconocidas. En el acápite siguiente, la Sala procederá a explicar la figura jurídica que sustenta esta premisa fundamental del pacto social.

El abuso del derecho en la jurisprudencia constitucional y sus consecuencias en la licencia de maternidad

96. Del abuso del derecho en la jurisprudencia constitucional. El artículo 95 de la

Constitución Política señala que "[e]l ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades", y como primer deber de la persona, indica que se deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. En esa medida, si bien el abuso del derecho es un principio general cuyos orígenes están en el derecho privado, la Constitución Política lo incorpora directamente en la disposición mencionada y, además, tiene una estrecha relación con el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 superior.

97. La Corte Constitucional cuenta con varios pronunciamientos en los que se refiere a la figura del abuso del derecho, a partir de los cuales se desarrolla un entendimiento sobre los elementos a considerar para evaluar si en una determinada situación se configuró este fenómeno. Por ejemplo, en la sentencia SU-016 de 2021, la Corte reiteró su jurisprudencia en la que establece que las situaciones de abuso del derecho se configuran cuando:

"(i) alguien que ha adquirido un derecho de forma legítima lo utiliza para fines no reconocidos por la ley; (ii) una persona se aprovecha de vacíos legales o de interpretaciones encontradas para obtener beneficios incompatibles con el ordenamiento legal; (iii) un ciudadano utiliza un derecho de manera desproporcionada e irrazonable; o (iv) una persona invoca de manera excesiva o confusa una norma para desvirtuar el objeto que persigue o protege".

98. En particular, al tratarse de prestaciones sociales, la Corte ha estudiado ampliamente el abuso palmario del derecho frente al reconocimiento de pensiones, en atención al carácter vitalicio de la prestación y las repercusiones que tienen en el sistema general de pensiones para los demás afiliados. En estos casos, la jurisprudencia es pacífica en sostener que se debe analizar el carácter evidente del abuso; la incidencia financiera en el Sistema General de Pensiones; la historia laboral del pensionado y su conducta. Además, otros criterios indicativos de la Corte sugieren estudiar si se obtiene una ventaja irrazonable con ocasión de la vinculación precaria del beneficiario y el reconocimiento de un incremento excesivo en la mesada.

99. En suma, según la jurisprudencia y de acuerdo con las particularidades de cada caso, el juez constitucional debe adelantar un estudio que equilibre las cargas y derechos entre las partes "de manera que su ejercicio no comprometa [otros] de igual o menor jerarquía". Al

mismo tiempo, es deber del juez

“evaluar con especial precaución el contexto fáctico y los elementos de prueba en situaciones en las que pueda resultar instrumentalizada la especial protección de sujetos vulnerables por parte de personas inescrupulosas para la obtención de ventajas ilegítimas”.

100. En todo caso, los elementos deben ser estudiados en su conjunto y de conformidad con las particularidades del caso concreto, de manera que no limiten el convencimiento propio del juez sobre el asunto.

101. En dicho contexto, para la Corte es claro que el ejercicio de todos los derechos consagrados en la Carta Política conlleva cargas y obligaciones cuyo cumplimiento no es una mera exigencia trivial, sino que permite la realización de principios y derechos, “asegura la convivencia pacífica y la igualdad, y en general contribuye a la construcción de una sociedad más justa y pacífica”.

102. Con todo, es importante recordar que el modelo del Estado Social de Derecho se materializa en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de quienes se adhieren al pacto social a través de distintas figuras. Una de ellas se refiere al reconocimiento económico de índole constitucional del que es titular la mujer trabajadora después del parto, cuyo carácter temporal obedece a la naturaleza y los fines que persigue en relación con los derechos de la mujer, el recién nacido y la familia. Es decir, la licencia de maternidad.

103. Por lo anterior, uno de los principios que la Sala usará para realizar el análisis del contexto de este caso será el principio pro-persona, que tiene su fundamento en el respeto por la dignidad humana y en el fin último del Estado de garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes. Este mandato impone la obligación de hacer prevalecer la interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable a la persona y sus derechos, y en consecuencia, estos se interpreten de acuerdo con las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Constitución y de conformidad con los tratados de los derechos humanos ratificados por Colombia.

104. La jurisprudencia indica que el principio pro-persona obliga a interpretar también entre dos o más análisis de situaciones, de manera que se prefiera aquella situación en donde sea

posible aplicar de manera más garantista o más amplia el derecho fundamental. Respecto a las licencias de maternidad, la Corte Constitucional hizo aplicación de este mandato al interpretar la regulación del pago proporcional, y estableció que también en esos casos "debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados".

105. Regulación de las situaciones de abuso del derecho en el Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto 1427 de 2022. Las normas que regulan el acceso a la licencia de maternidad, en su artículo 2.2.3.7.1, enlistan ocho situaciones de abuso del derecho en el marco de las prestaciones económicas del decreto. A pesar de su extensión, la Sala las señala dada su trascendencia para el análisis:

"Artículo 2.2.3.7.1 Situaciones de abuso del derecho. Constitúyanse como abuso del derecho las siguientes conductas:

1. Cuando se establezca por parte de la entidad promotora de salud o entidad adaptada que el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asista a las valoraciones, exámenes y controles, o no cumpla con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación, en al menos el 30% de las situaciones descritas.

2. Cuando el cotizante no asista a los exámenes y valoraciones para determinar el origen y la pérdida de capacidad laboral.

3. Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación.

4. La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud.

5. Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad.

6. Cuando se detecte que el cotizante busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la entidad promotora de salud o la entidad adaptada como en la administradora de riesgos laborales por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de

Seguridad Social Integral.

7. Cuando se efectúen cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos falsos.

8. Cuando se detecte, durante el tiempo de incapacidad, que el cotizante se encuentra emprendiendo una actividad alterna que le impide su recuperación". (Negrillas fuera del original).

106. De la lectura de la norma, la Corte nota que, si bien en algunas de ellas el sujeto activo de la conducta es específicamente el cotizante o usuario, en otros casos, como el numeral 3 resaltado, la norma no determina de quién se predica la acción.

107. Por su parte, el parágrafo primero de esta disposición señala el trámite que las entidades promotoras de salud o entidades adaptadas deben dar, entre otras, a la causal tercera. La norma indica que la entidad promotora de salud deberá poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, para que esta determine la posible configuración de hechos punibles que deban trasladarse a la jurisdicción penal.

108. Así, la presunta alteración o posible fraude puede ocurrir por parte del aportante, el cotizante, o cualquier otro sujeto en el marco de las etapas del trámite de la prestación. Esta consideración es relevante porque el análisis de la presencia de un abuso del derecho desde una perspectiva constitucional requiere, con ocasión de los hechos analizados, tener en cuenta que el Sistema de Seguridad Social Integral es un campo muy técnico, sobre el cual puede existir fácilmente un desequilibrio en el acceso a la información entre un ciudadano y una empresa que funja como aportante.

109. En resumen, la jurisprudencia constitucional aborda el abuso del derecho, en términos generales, desde el estudio de las circunstancias del caso concreto de manera que se pueda determinar si se configuró o no. En el marco del goce del derecho a la licencia de maternidad, la Sala reconoce que el ordenamiento jurídico es muy claro frente a las circunstancias en las que se configura un abuso, el cual no solo puede ser cometido por el usuario cotizante, sino que, en algunos casos, puede ser atribuible a otros de los sujetos que participan en el trámite.

110. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala resolverá el caso concreto.

Análisis del caso concreto

Expediente T-9.751.164

111. En el caso bajo estudio, la señora Miranda solicitó la protección a sus derechos fundamentales que, en su concepto, resultaron vulnerados cuando la EPS Salud Total se negó al pago de la prestación de la licencia de maternidad. En el escrito de tutela, la ciudadana manifestó que paga su seguro en esa compañía pues es independiente y "por medio de esta empresa pude pagar mi seguridad social". La ciudadana señaló que el no pago por parte de la EPS ha perjudicado su situación y la de su hija recién nacida, pues es una persona de escasos recursos económicos y ha tenido que cubrir con préstamos los días que no laboró.

112. Por su parte, la EPS Salud Total explicó en el trámite de primera instancia que la ciudadana cotizó por un elevado salario durante los meses de su embarazo, y después del parto su cotización pasó a ser de un salario mínimo nuevamente. Además, señaló que la empresa cotizante, Industrias Gabana S.A.S, no está autorizada para realizar afiliaciones colectivas.

113. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la acción de tutela bajo el argumento de que la accionante no podía, mediante una acción de tutela, eludir la auditoría para acceder a la licencia de maternidad. El fallo no fue impugnado por las partes.

114. A partir de la información que obra en el expediente, la Sala pudo constatar en relación con la señora Miranda que: (i) la ciudadana estuvo afiliada como cotizante dependiente de Industrias Gabana S.A.S desde enero hasta noviembre de 2022; (ii) durante los meses de enero a julio de ese mismo año, las cotizaciones pasaron a ser de un salario mínimo aportado por ella misma, a ser de $4.400.000, en los cuales figura como aportante la mencionada empresa; (iii) el 8 de junio de 2022, la señora Miranda tuvo a su hija y el 25 de julio siguiente, se reconoció la licencia de maternidad con base en el IBC reportado al momento de iniciar la licencia, como lo exige el artículo 2.2.3.2.9 del Decreto 780 de 2016, esto es, $4.400.000. Además, (v) en su momento, la ciudadana manifestó a la entidad promotora que realizó los aportes como independiente por una cooperativa, con lo cual entregaba un aporte de $143.000 para pagar el seguro. Por otra parte, (vi) la accionante señaló a la Corte que no

tiene conocimiento de las razones por las cuales Industrias Gabana S.A.S reportó las variaciones en su IBC durante los primeros seis meses del 2022, pues ella recibía ingresos por un salario mínimo; (vii) por último, sobre su nivel socioeconómico, Miranda trabajaba como enfermera cuidadora de manera independiente y admitió ante la misma EPS creer estar cotizando a través de una "cooperativa", situación con la cual accedía a los servicios de salud de la misma manera en la que, con anterioridad, lo había hecho cotizando a nombre propio. De acuerdo con la consulta ante la Base de Datos Única de Afiliados, la Sala pudo confirmar que la ciudadana se encuentra activa en el régimen subsidiado desde el 9 de diciembre de 2022 hasta la actualidad y está categorizada como "cabeza de familia" .

115. Ahora bien, según lo señalado por Salud Total EPS, su proceso de auditoría concluyó que la empresa Industrias Gabana S.A.S: (i) no se encuentra en el listado de empresas autorizadas por el Ministerio de Salud para realizar afiliaciones colectivas, y (ii) realizó la afiliación de la accionante con el subtipo de cotizante que supuestamente ha cumplido los requisitos para pensión. La EPS también señaló que al requerir a las partes la documentación para hacer un doble chequeo, estas guardaron silencio. Con este contexto, la accionada interpuso una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación contra "personas por determinar" por los hechos que rodean las actuaciones de la empresa Industrias Gabana S.A.S en el caso de Miranda, los cuales

"llevan a presumir que se crean relaciones laborales ficticias, con el único fin de hacerse acreedores de prestaciones económicas, y para el caso puntual de licencias de maternidad, generando con esto un detrimento en el Sistema de Seguridad Social Integral".

117. La Sala nota que esta dinámica representa un riesgo especial para las madres trabajadoras independientes que reclaman su licencia de maternidad, no solo porque pueden ser víctimas de conductas punibles imputadas a las personas detrás de estas empresas, sino porque pone en riesgo la prestación económica que, como se advirtió antes, es un reconocimiento a los roles productivo, reproductivo y de cuidado de la mujer, y una protección a los derechos al mínimo vital, el cuidado y el interés superior del recién nacido.

118. Ante una realidad en la que el trabajo informal es la manera de ganarse la vida del 41% de las mujeres en las ciudades, es necesario reconocer que estas dinámicas exponen a una población vulnerable que, para evitar ser víctima de conductas fraudulentas, debe tener un

alto nivel de conocimiento sobre el funcionamiento del sistema de seguridad social y las pautas para la cotización en los términos de la ley por parte de las trabajadoras independientes. Adicionalmente, como lo anotó la Sala, es importante reconocer que existe una asimetría evidente dado el nivel de complejidad y tecnicismo del Sistema de Seguridad Social Integral. En ese sentido, debe existir una modulación en el nivel de diligencia que puede ser exigible a los ciudadanos frente a aquel de las entidades promotoras de salud y el de las empresas aportantes al sistema.

119. De esta manera, es indispensable que en este caso se haga una valoración integral de los hechos, pero diferenciada en cuanto a las conductas atribuibles a la accionante y aquellas que son asignables a la empresa a la cual se encontraba afiliada, por lo cual, en lo que sigue, la Sala se referirá en particular a las actuaciones por parte de la señora Miranda.

120. Por un lado, es necesario recordar que el principio de buena fe constitucional rige todas las actuaciones entre particulares y autoridades públicas y se presume en las actuaciones que aquellos adelantan frente a éstas. A partir de los hechos del caso y la documentación del expediente, para la Sala es posible concluir que la señora Miranda, aunque estaba reportada como cotizante dependiente por Industrias Gabana S.A.S, es una trabajadora independiente que creía, en buena fe, que por intermedio de la empresa podía estar cubierta al sistema de seguridad social en salud.

121. Así, la Sala encuentra que la señora Miranda cumple con todos los requisitos que establece el artículo 2.1.13.1. Decreto 780 de 2016, vigente en la fecha del parto, para el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad. En efecto, esta norma exigía que la afiliada cotizante hubiere efectuado los aportes durante los meses correspondientes al periodo de gestación, criterio que de conformidad con la relación de aportes expedida por Salud Total EPS, se cumple, pues la accionada realizó aportes al sistema durante un periodo ininterrumpido desde antes de su embarazo y las mantuvo hasta noviembre de 2022.

122. Ahora bien, como lo señaló la EPS accionada, las cotizaciones realizadas por parte de la empresa tuvieron, en efecto, una variación excesiva en el IBC, pues de enero a julio de 2022, pasaron de $908.526 a $4.400.000. Luego, la cotización disminuyó a $1.000.000. La EPS señala que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante, pues no pudo

comprobar los motivos de la variación, la relación entre la empresa y la ciudadana ni la razón por la cual su subtipo de cotización estaba asignado como trabajadora con requisitos cumplidos para pensión, aunque esto no concuerda con la edad de la actora.

123. Para la Sala, la negativa para realizar el pago de la licencia de maternidad en el caso concreto sí constituye una vulneración a los derechos al mínimo vital, la salud y la seguridad social de la señora Miranda y su hija, por las razones que se exponen a continuación.

124. En primer lugar, la EPS recibió un dinero por las cotizaciones que la accionante, de buena fe, entregaba al supuesto intermediario para realizar su aporte al sistema de seguridad social. En segundo lugar, si bien existió una variación al IBC durante los meses de gestación, el Decreto 780 de 2016 no prevé que la presencia de variaciones de IBC o procesos de auditoría sean motivos para negar el pago de la licencia de maternidad. Argumentar que los derechos que pretende amparar esta prestación económica pueden ser desatendidos con base en la variación amenaza la protección superior que la Constitución Política reconoce sobre la madre trabajadora y la persona recién nacida. Esto es particularmente importante pues en este caso es posible concluir que la señora Miranda es una persona de escasos recursos, porque (i) así lo estableció en su acción de tutela y (ii) en la actualidad se encuentra afiliada al sistema subsidiado. Por demás, es importante resaltar que la actora, en la comunicación a la Corte Constitucional, afirmó que no conoce las razones de las variaciones presuntamente falsas realizadas por la empresa, pues ella siempre cotizó por el salario mínimo. Para la Corte, el haber sido trabajadora independiente a nombre propio contribuye a que la señora Miranda pudiera pensar que una cooperativa también estaba habilitada para cotizar en nombre de trabajadores independientes, sin necesidad de autorizaciones o requisitos adicionales.

125. En tercer lugar, en relación con el argumento de la EPS según el cual la ley prohíbe adelantar afiliaciones por entidades no autorizadas, para la Corte es claro que esta no es una conducta atribuible a la ciudadana ni debe en afectar la garantía de sus derechos fundamentales. En otras palabras, las conductas que de acuerdo con la EPS accionada constituyen posibles delitos imputables a la empresa, no podrían tener como consecuencia directa e inmediata la negativa del pago a la licencia de maternidad, la cual no solo ampara los derechos a la salud, seguridad social de la mujer trabajadora, sino que desarrolla el interés superior de los niños y niñas.

126. En ese sentido, la Sala considera que el caso amerita la aplicación del principio pro-persona. Interpretar el contexto del caso bajo este principio permite explicar que, aunque las conductas exhiban un aparente abuso por parte de la empresa, la regulación de la licencia de maternidad debe ser observada bajo la perspectiva de que, en este caso, está en juego la vida en condiciones dignas de la madre y de su hija recién nacida, por lo que es imperativo reconocer el pago de la licencia de maternidad de la señora Miranda. Así, aunque esta corporación no es competente para determinar la configuración de actuaciones delictivas en el marco de procesos penales, ordenar a la EPS accionada el pago de la licencia de maternidad no obsta para que, con base en los hallazgos del proceso penal, civil, laboral y/o administrativo ante las autoridades competentes, la EPS pueda repetir en contra de los responsables por presuntas actuaciones fraudulentas o contrarias a derecho.

"Las variaciones en el Ingreso Base de Cotización del mes de inicio de la licencia o del mes anterior al inicio de la incapacidad, que excedan el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, o su fracción de meses cuando este tiempo fuere menor, no serán tomadas en consideración, en la parte que exceda de dicho porcentaje, para efectos de la liquidación de prestaciones económicas".

128. En el asunto bajo examen, como se señaló antes, debe ampararse la garantía y especial asistencia a la mujer, a los niños y niñas y a la familia por medio del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Sin embargo, la Sala considera que debe hacer una valoración integral del contexto de dicho reconocimiento y la incidencia que el pago de la prestación en el caso concreto podría tener para el sistema.

129. Por lo anterior, y con base en las consecuencias que establece la norma, la Sala Primera de Revisión de Tutelas ordenará a la EPS el reajuste del reconocimiento de la licencia de maternidad de la señora Miranda, y su pago, teniendo en cuenta que la variación en el IBC que excede el 40% respecto del promedio de cotización de los 12 meses anteriores, para efectos de la liquidación, no se considerarán en la parte que excede dicho porcentaje. Para mayor claridad, la Corte presenta un esquema indicativo para explicar el IBC con el que la EPS deberá liquidar la licencia de maternidad de acuerdo con número de días concedido:

Mes de cotización

IBC con el cual se cotizó

Junio 2021

908.526

Julio 2021

908.526

Agosto 2021

908.526

Septiembre 2021

908.526

Octubre 2021

908.526

Noviembre 2021

908.526

Diciembre 2021

908.526

Enero 2022

4.400.000

Febrero 2022

4.400.000

Marzo 2022

4.400.000

4.400.000

Mayo 2022

4.400.000

Junio 2022

4.400.000

Promedio de los doce meses anteriores al mes de inicio de la licencia

2.363.307

Cálculo del 40% respecto del promedio

945.323

IBC para el cálculo de liquidación de la licencia de maternidad de la señora Miranda

945.323

130. En todo caso, dado que el cálculo arroja una cifra inferior a la de un salario mínimo, con miras a conceder la protección a los derechos fundamentales de la madre y su hija de acuerdo con la esencia misma de la licencia de maternidad, la Corte ordenará que el cálculo de la liquidación de la prestación se realice con base en el salario mínimo mensual legal vigente para la fecha en que se debió liquidar. Además, esta determinación encuentra justificación en el hecho de que la accionante venía cotizando anteriormente con un IBC de un salario mínimo legal mensual vigente, como lo muestra la información que obra en el expediente.

Expediente T-9.751.853

131. En el caso de Liliana, la ciudadana reclamó sus derechos a la seguridad social, vida, mínimo vital e igualdad ante la negativa de la EPS de realizar el pago de la licencia de maternidad que le había sido reconocida tras el nacimiento de su hija el 30 de julio de 2022. Aunque la señora Liliana no invocó expresamente la protección de los derechos de su hija

recién nacida, la Sala considera pertinente indicar que en reiterada jurisprudencia la Corte reconoce la legitimidad de la madre para solicitar la protección de su recién nacido en los asuntos que examinan el reconocimiento de la licencia de maternidad. Por lo anterior, el estudio del caso concreto tomará en consideración, además de los derechos fundamentales de la señora Liliana, la vulneración a los derechos fundamentales a la protección, el cuidado y la familia de su hija.

132. La Sala Primera de Revisión nota que el presente asunto, como lo relató en los párrafos 116 a 118, hace parte de una problemática en la cual, por el actuar ilegítimo de personas que buscan aprovecharse del sistema de seguridad social, trabajadores independientes son engañados y quedan desprotegidos al hacer uso del sistema. En particular, la Sala resalta que esta situación genera un especial riesgo en los casos en los que se busca el reconocimiento de la licencia de maternidad, pues la negativa del pago expone la vida digna del menor de edad recién nacido y de su madre, especialmente en los casos en donde hay una situación de vulnerabilidad económica.

133. La Sala encuentra que la entidad accionada negó el pago de la licencia de maternidad con base en tres conjuntos de argumentos. Por ello, en lo que sigue, se referirá a ellos con el fin de resolver el problema jurídico planteado.

134. El primer conjunto de argumentos de Salud Total se resume en tres fundamentos. En primer lugar, se señaló que la empresa Rodamil S.A.S, junto con otras empresas del mismo grupo empresarial, se encuentra bloqueada por utilizar un subtipo de cotizante que no corresponde a la situación real de las personas que reporta como dependientes. Por esta razón, la EPS avisó a la UGPP para lo de su competencia y radicó dos denuncias ante la Fiscalía General de la Nación. En segundo lugar, la EPS puso de presente que no está facultada para pagar la prestación en los casos en los que exista un proceso de auditoría y una denuncia penal, máxime cuando las partes no han contestado los requerimientos sobre su relación. En tercer lugar, la situación configura una circunstancia de abuso del derecho en los términos de la normativa vigente, por existir “presunta alteración o posible fraude”, razón por la cual no es procedente el pago.

135. Como se demostró en líneas precedentes, la jurisprudencia constitucional sobre el abuso del derecho concluye, en términos generales, que el juez constitucional debe analizar

las circunstancias particulares de cada caso para determinar o no su configuración y, de acuerdo con el asunto, establecer las consecuencias de su presencia cuando sea necesario.

136. En el caso concreto, a partir de la documentación del expediente, la Sala puede concluir que: (i) la accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica que afectó sus derechos y los de su hija, pues su salario era su único medio de subsistencia, circunstancia que no fue desvirtuada por la EPS; (ii) la señora Liliana estuvo afiliada como dependiente de Rodamil S.A.S desde septiembre de 2021 de manera ininterrumpida durante todo su embarazo, periodo en el cual cotizó por $1.000.000. Actualmente, la señora Liliana se encuentra activa como dependiente de la empresa; (iii) el 30 de julio de 2022 la señora Liliana tuvo a su hija y el 17 de febrero de 2023, Salud Total expidió el certificado de la licencia de maternidad con base en el IBC reportado, esto es, $1.000.000; (iv) la empresa Rodamil S.A.S. sostuvo ante la Corte que no es empleador de Liliana, pero sí realizó sus cotizaciones con un IBC de un salario mínimo. Si bien adjuntó cotizaciones, estas se refieren al 2023, año que no corresponde a los hechos del caso; (v) por otra parte, la EPS puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la situación de presunto fraude por las actuaciones de la empresa Rodamil S.A.S; (vi) por último, en relación con la conducta de la accionante, esta no respondió a los requerimientos de la Corte Constitucional. No obstante, es importante señalar que, en todo caso, la buena fe es una presunción que no puede desvirtuarse con la justificación del silencio de la accionante.

137. Con base en los puntos expuestos, para la Corte resaltan dos conclusiones: En primer lugar, existe una situación que puede configurar un abuso del derecho por parte de la empresa Rodamil S.A.S. En segundo lugar, la Corte considera pertinente aplicar a la decisión el principio pro-persona por el cual se debe realizar una interpretación de los derechos fundamentales que adopte el sentido más favorable para el ejercicio de los mismos. En ese orden de ideas, dado el problema jurídico planteado, la Corte considera que el contexto del caso no permite desvirtuar la buena fe de la accionante respecto de su proceder para realizar cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de un intermediario, ni tampoco permite concluir que ella tenía conocimiento de un posible actuar fraudulento. Por lo anterior, en aplicación al principio pro-persona, la Sala concluye que sí existió una vulneración a los derechos de la señora Liliana y, en particular, de su hija al no reconocer la prestación económica de la licencia de maternidad para su madre, pues esto la dejó desprotegida durante los primeros momentos de su vida y afectó su mínimo vital y las

condiciones dignas de supervivencia con la que debió contar.

138. Ahora bien, como se señaló en los párrafos 105 a 107, el Decreto 1427 de 2022, vigente al momento del parto de la actora, en su artículo 2.2.3.7.1 establece las situaciones indicativas de abuso del derecho. No obstante, de la lectura de los artículos siguientes, esta Sala concluye que el procedimiento administrativo en casos de abuso del derecho y las causales de suspensión o no reconocimiento de la prestación, se refieren a las incapacidades de origen común, y no a la prestación asistencial de la licencia de maternidad. Con todo, aunque el procedimiento a seguir por el abuso de derecho en los casos relativos al reconocimiento licencias de maternidad no se encuentran expresamente reguladas en el Decreto 1427 de 2022, esto no excusa el hecho de que todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen la obligación cumplir con las regulaciones legales en el marco del sistema, actuar de buena fe y evitar situaciones constitutivas de abuso del derecho. En efecto, la Corte reconoce que la ausencia de regulación no implica que no puedan configurarse casos de abuso del derecho en el marco del sistema de salud que afecten la prestación de las licencias parentales. En consecuencia, la Sala considera necesario instar al Ministerio de Salud y Protección Social para que regule las situaciones de abuso del derecho en los casos de licencias parentales y el procedimiento administrativo a seguir, teniendo en cuenta los contextos de los que da cuenta esta sentencia y los derechos fundamentales que busca amparar la prestación.

139. Por lo anterior, a pesar de la existencia de una causal de abuso del derecho por parte de Rodamil S.A.S como entidad aportante, y ante la poca claridad en la responsabilidad y el conocimiento de los hechos de la afiliada Liliana, la Corte concluye que no es posible justificar la desprotección a los derechos fundamentales de la hija de la accionante.

140. La Sala continuará con el segundo y tercer argumento de la entidad promotora de salud. Por una parte, la EPS justificó que la señora Liliana no cumple con los requisitos establecidos en la normatividad para el reconocimiento de la licencia. Sin embargo, como lo ha reiterado jurisprudencia constitucional reciente, el acceso a la licencia de maternidad depende del cumplimiento de los tres requisitos establecidos en el Decreto 1427 de 2022. Así, (i) para el momento del parto, Liliana estaba afiliada al sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y activa; (ii) la actora efectuó los aportes durante los meses correspondientes al periodo de embarazo; y (iii) cuenta con el certificado de la licencia de

maternidad. En esa medida, el hecho de que la empresa la haya afiliado como una persona en edad de pensión, ello no obsta para que se reconozca la licencia de maternidad pues los requisitos que exige la ley se cumplieron.

141. Por último, la EPS señaló que quien estaba obligado al pago de la obligación era el empleador. No obstante, este tribunal ha señalado que la obligación del reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad recae en la entidad promotora de salud, a quienes la Corte ha ordenado en sede de revisión el pago de las licencias de maternidad. Ahora bien, conforme a los hechos del caso, esta Sala reitera que la orden de pago de la licencia de maternidad para proteger los derechos fundamentales de la hija menor de edad de Liliana, no es óbice para que, con base en los resultados de las actuaciones penales, civiles, laborales y/o administrativas, la EPS pueda repetir en contra de quienes sean responsables de cubrir el pago de la prestación, especialmente si se demuestra que efectivamente hubo una actuación fraudulenta de su parte que, como ilustran los casos objeto de estudio, tienen consecuencias negativas sobre personas en situación de vulnerabilidad como las accionantes.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, admi