



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, nueve (9) de mayo del dos mil diecinueve (2019)

Asunto: Sentencia de segunda instancia.

Acción: Tutela.

Proceso: 70-001-33-33-002-2019-00080-01

Demandante: Levis Luz Domínguez Salcedo

Demandado: Nueva EPS

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia de tutela proferida el 21 de marzo de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, la cual amparó los derechos fundamentales reclamados.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La solicitud de tutela.

La señora Levis Luz Domínguez Salcedo, presentó Acción de Tutela en contra de la Nueva EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y al trabajo.

En amparo de sus derechos **pretende;** que se le ordene a la Nueva EPS, reconocerle y pagarle la licencia de maternidad a la cual tiene derecho legalmente.

Como **fundamentos fácticos**, la parte actora señaló en el escrito de la acción de tutela, los siguientes:

Que es trabajadora de la Fundación "Semillas del Sur" representada legalmente por Diana Luz Lezama Molina, en el cargo de Madre Comunitaria-FAMI.

Suscribió contrato con la Fundación, desde el 1 de Noviembre de 2016 hasta el 31 de Julio de 2018.

Que la Fundación le cotizó la seguridad social de manera constante e ininterrumpida hasta el 31 de julio de 2018; luego, para el periodo del 1 de agosto de 2018, fue trasladada por parte del ICBF a la "FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD-FUNDECI", debido a que la Fundación "Semillas del Sur" no suscribió contrato de aportes con dicha entidad a partir de dicho periodo.

La Fundación "Semillas del Sur" realiza la novedad de retiro en la planilla integral "PILA" cancelando el periodo de pensión correspondiente a julio de 2018 y salud del mes de agosto de 2018.

Que suscribió contrato con la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD- FUNDECI-, desde el 1 de agosto de 2018, y ésta, inició la cotización de la seguridad social del periodo de pensión agosto de 2018 y salud desde septiembre de 2018.

Que su hija nació viva el día 14 de agosto de 2018, y cumple con todos los requisitos legales para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Que devenga un salario de \$781.242 mensual.

El 20 de diciembre de 2018, radicó la solicitud del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. La EPS da respuesta el día 17 de enero de 2019, negando su reconocimiento, alegando que las cotizaciones efectuadas por la entidad "FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD-FUNDECI" se encuentran a partir de septiembre de 2018 y la licencia en referencia, ocurrió en el mes de agosto de 2018, periodo para el cual no se registra cotización.

Que la Clínica Santa María S.A.S., mediante constancia de fecha de 16 de agosto de 2018, certificó la licencia de maternidad por 126 días, iniciando desde el 14 de agosto de 2018, hasta el 17 de diciembre de 2018.

En la hoja de Epicrisis - Hospitalización II piso etapa I, practicada por el Ginecólogo Ulises Enrique Mendoza Olaya, se le indicó fecha y hora de ingreso -15 de agosto de 2018 a las 14:36:00, Clínica Santa María S.A.S.-.

1.2. Actuación procesal en primera instancia.-

El Juzgado Segundo Administrativo admitió la tutela mediante auto del 14 de marzo de 2019, y ordenó notificar como demandada a la Nueva EPS, y dispuso vincular a la FUNDACIÓN SEMILLAS DEL SUR y a la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD-FUNDECI-.

Remitidas las comunicaciones del caso, se dieron las siguientes intervenciones:

1.3. La Nueva EPS.-

Refiere la EPS, que no es procedente el reconocimiento económico para la licencia de maternidad No. 4818029, puesto que las cotizaciones efectuadas por la entidad "FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD" se encuentran a partir de septiembre de 2018 y la licencia en referencia ocurrió en el mes de agosto de 2018, periodo para el cual no se registra cotización para la afiliada.

Que de acuerdo con lo indicado por el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA, es requisito para el reconocimiento económico de las licencias de maternidad, que exista la cotización del periodo en que ocurrieron dichos eventos, para que se cumpla con la normativa legal vigente y se identifique el ingreso base de liquidación de la prestación económica requerida en pago.

Agrega que la accionante dispone de otro medio de defensa, el cual es preferente y sumario, introducido por la Ley 1438 de 2011, para tramitar este tipo de conflictos, como es, la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

1.3.1. La Fundación para el Desarrollo Social Integral a la Comunidad.-

Señala esta Fundación, que cumplió con todos los pagos correspondientes a la seguridad social de la señora Levis Luz Domínguez Salcedo, y que la entidad aportó a la NUEVA E.P.S., los documentos necesarios para que se le diera trámite a la licencia de maternidad, pero fue la EPS, la que se negó a realizar el pago.

1.3.2. Fundación Semillas Del Sur.-

Indica la entidad, que ha tenido relación laboral con la actora desde el día 1 de noviembre de 2016, hasta el día 31 de julio de 2018, y se realizaron las afiliaciones y los aportes al sistema general de seguridad social en salud y demás aportes, cabe mencionar que la señora se encontraba vinculada laboralmente antes del mes de noviembre de 2016 a otra entidad, debido a que es madre comunitaria, y es el ICBF, quien se encarga de hacer los contratos de aportes y distribución del talento humano que se encuentra bajo cada contrato de aportes.

Que para el mes de agosto de 2018, la señora Levis Luz Domínguez Salcedo, da a luz a su bebe, fecha para la cual, la Fundación Para el Desarrollo Social Integral de la Comunidad-FUNDECI, solicita el reconocimiento de la prestación económica, y la Nueva EPS la niega, justificando que no se encuentra el tiempo cotizado requerido para el reconocimiento.

Luego para el mes de septiembre de 2018, FUNDECI, cede el contrato de aportes a la Fundación Semillas del Sur, por lo cual se debió realizar una nueva afiliación y realizar los respectivos aportes, a partir de la fecha, debido a esto, se puede dar cuenta, que la novedad presentada con la señora Levis Luz Domínguez Salcedo, es el cambio de empleador, pero se han realizados todos los aportes de los meses completos, tanto la Fundación Semillas del Sur, como la Fundación Para el Desarrollo Social Integral de la Comunidad-FUNDECI.

1.3. La sentencia impugnada.-

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 21 de marzo de 2019, resolvió amparar los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, ordenó a la Nueva EPS reconocer y pagar a la accionante, el 100% de la prestación por licencia de maternidad, ello, por cuanto a consideración del *a quo*, la accionante cumplía con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para obtener el pago de dicha prestación.

1.5. La impugnación.-

La Nueva EPS impugnó, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando en integridad los argumentos expuestos en el escrito de contestación, y agregando como solicitud, que de no ser revocado el fallo, se adicione en la parte resolutive, en el sentido de facultar a la NUEVA EPS S.A., para que realice el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, en un 100% de todos y cada uno de los gastos que asuma en cumplimiento de la sentencia.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia. El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. Problema jurídico.-

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar, si en el *sub judice* la acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Superado el requisito de subsidiariedad, se analizará si en el caso de marras, se encuentran acreditados los requisitos para obtener el pago de la prestación.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela, ii) El marco jurídico-normativo sobre la protección a la mujer gestante, iii) La procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad y los requisitos para su otorgamiento, y iv) El Caso concreto.

I. Generalidades de la acción de tutela.-

Conforme lo preceptúa el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

Su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

Corolario de lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que se obliga al juez constitucional a determinar su procedencia, ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia

de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. Procedencia de la tutela para reclamar el pago de las licencias de maternidad. Protección de menores y madre cabeza de familia.-

En los términos de los artículos 43, 44 y 50 de la Constitución Política, se privilegia la asistencia, la protección y la entrega de apoyos a la mujer cabeza de familia dentro de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.

***"ARTÍCULO 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

***ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

(...)

***ARTICULO 50.** Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir*

atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia"

En lo que respecta a la procedencia de la tutela cuando lo que se reclama es el pago de la licencia de maternidad, la H. Corte Constitucional ha dicho que en la medida en que se hayan cumplido *"los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia"*¹, es viable este mecanismo excepcional y residual para superar tal violación.

En otro pronunciamiento, La H. Corte Constitucional, al respecto explicó que:

"La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar.

Así, la Constitución de 1991, consagró dicha protección especial, a la mujer en período de gestación y lactancia en su artículo 43:

"(...) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o

¹ Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Esta norma implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido.”

Así pues, como consecuencia de esta protección especial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha señalado que la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es el medio idóneo para reclamar el pago siempre y cuando cumpla dos requisitos:

“(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.”

Ahora bien, la licencia de maternidad está regulada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1822 del 4 de enero de 2017, que estipula:

“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: “Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomarán en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;*
- b) La indicación del día probable del parto, y*

² Ver la sentencia T-503 de 2017

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de 1 fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto, Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato. b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1º. *De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.*

Parágrafo 2º *El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera. El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes la fecha del nacimiento del menor. La licencia remunerada de paternidad*

estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. 2 Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

Parágrafo 3º. *Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinarla multiplicidad en el embarazo. El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla". (Destacado de la Sala).*

De acuerdo con la norma anterior, es preciso advertir, que el objetivo y finalidad de la licencia de maternidad, tiene por propósito el de **i)** conceder a la mujer que da a luz la posibilidad de permanecer con su menor hijo otorgándole los cuidados que requiere en su primera infancia y la adaptación física y psicológica que la concepción representa para una madre, y **ii)** que durante dicho lapso la madre sea merecedora del beneficio equivalente al valor que por salario le correspondería.

Así lo determinó la H. Corte constitucional, en los siguientes términos:

*"(...)El legislador al definir y establecer la licencia de maternidad, trazó tres propósitos inviolables: **(i)** propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; **(ii)** resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración; **(iii)** reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia. (...)"³*

Por lo anterior, queda claro que corresponde al juez de tutela, analizar cada caso en concreto para resolver sobre la procedibilidad del mecanismo constitucional, siempre que se vislumbre la configuración de

³ Sentencia T-646-12 Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA.

alguno de los supuestos anteriormente señalados por la doctrina constitucional.

III. Caso concreto.

En el *sub judice*, se duele la accionante, de que la Nueva EPS vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, trabajo y mínimo vital, por cuanto se niega a reconocerle el pago de la licencia de maternidad, a la cual tiene derecho por el cumplimiento de los requisitos legales.

Por su parte, la Nueva EPS en su intervención afirma, que no le asiste razón a la accionante, teniendo en cuenta que la solicitud que reclama es improcedente, atendiendo que, no cumple las semanas de cotización requeridas para tal efecto, por ello, ante su inconformidad debe hacer uso de otros medios de defensa.

Para resolver, la Sala cuenta con el siguiente material probatorio:

- *Registro civil de nacimiento de la menor MCHD (fl. 4).*
- *Historia Clínica de la señora Levis Luz Domínguez Salcedo (fl. 5-9).*
- *Respuesta de la NUEVA EPS, a la solicitud de licencia de maternidad (fl. 10-11).*
- *Copia de incapacidad médica (16/8/2018) (fl. 12).*
- *Certificado de nacido vivo-antecedente para el registro civil (fl. 13).*
- *Copia de cédula de ciudadanía de la señora Levis Luz Domínguez Salcedo (fl. 14).*
- *Certificados de aportes a salud y pensión de la señora Levis Luz Domínguez Salcedo (fls. 15-72).*
- *Copia del Oficio VOGRC DPE 1088277, suscrito por la Nueva EPS, respuesta negativa a solicitud de licencia de maternidad (fl. 111-113).*
- *Copia de planillas de pago y de aportes en salud Levis Luz Domínguez Salcedo (fl. 114-117).*

- *Copia de contratos y otro sí, desde el 1 de noviembre de 2016 a enero de 2019 (fls. 120-128).*
- *Copia de planilla de pagos a salud y pensión de la señora Domínguez Salcedo (fl. 129-182).*

Examinado el asunto, concluye la Sala, que el amparo solicitado debe ser concedido, dando lugar entonces a la confirmación del fallo de primera instancia, atendiendo a los argumentos que a continuación se explican:

En lo que atañe a los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, estos se encuentran consignados en los Decretos 1804 de 1999⁴ y 47 de 2000⁵, agrupados de la siguiente manera; **i)** Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación⁶ **ii)** que su empleador o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho⁷ y **iii)** que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho⁸.

Empero, en cuanto al primero de los requisitos enunciados, según la Corte Constitucional, no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención, ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita. De esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple

⁴ "Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

⁵ "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones".

⁶ Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2. Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

⁷ Artículo 21 Decreto 1804 de 1999.

⁸ *Ibidem* nota al pie 7.

completamente el requisito de cotización plena pero la mujer ha realizado aportes razonables al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.

Como sustento de lo anterior, es importante traer a colación, la sentencia T-216 de 2010, Magistrado Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, providencia en la que se establece el criterio de flexibilización, para así evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las madres y de sus hijos en las condiciones precisadas:

"De acuerdo con la normatividad vigente, tales requisitos son: (i) Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación (Decreto 47 de 2000), (ii) que su empleador (o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho (Decreto 1804 de 1999), y iii) que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho (Decreto 1804 de 1999).

Entonces, una vez solicitado el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad a la E.P.S., la entidad verifica que la madre cumpla con los requisitos y, si no los llegase a acreditar, procede a negar la prestación económica aludida. En razón de esto, esta Corporación ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que si bien hay que atender a los requisitos impuestos por el legislador, éstos, en ciertos casos, no pueden ser aplicados de manera tan estricta, pues podrían vulnerar derechos fundamentales de la madre y, en consecuencia, de su hijo.

En observancia de lo anterior, la Corte se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de los que se refieren (i) al tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación y (ii) al pago oportuno de las cotizaciones al sistema de salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho."

Ahora bien, los anteriores son los requisitos establecidos legalmente para la obtención del derecho a reclamar la mentada prestación, no obstante, también unos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional que creó una presunción de la afectación del mínimo vital de la madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, en los siguientes casos:

- a) Por el no pago de la licencia de maternidad⁹.
- b) Cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso¹⁰.
- c) Cuando no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción¹¹.

Frente al último de los requisitos ha sido clara la Corte Constitucional en manifestar, que el plazo para reclamar el derecho a licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de C.P., esto es, 364 días, tiempo en que la madre podrá reclamar a través del mecanismo de amparo el pago de la licencia arbitrariamente negada, siempre que se den los siguientes supuestos, cuando: **i)** cumpla con los requisitos legales para acceder al derecho, y **ii)** se vulnere su derecho al mínimo vital.

Frente al tema ha expuesto, la H. Corte Constitucional ha dicho:

"Se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y su hijo o hija recién nacida si ella devenga un salario mínimo o si el salario es su única fuente de ingreso. Esta presunción se ve reforzada si se trata de madres cabezas de familia. Sin embargo, la Corte ha considerado que la EPS o el empleador pueden desvirtuar la presunción de afectación del mínimo vital, demostrando, por ejemplo, que la actora tiene ingresos muy superiores a aquellos que originan tal presunción o que tiene otras fuentes de ingreso suficientes para satisfacer sus necesidades.

Finalmente, la acción procede sólo si es interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento del o la menor, pues pasado este tiempo se entiende que no existe conexidad entre el no pago de la licencia de maternidad y la posible afectación del derecho al mínimo vital.¹²

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-053 de 2007 M.P Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906 de 2006. M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003. M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

¹² Ver Sentencia T- 1160 de 2008 M.P Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados para acceder a la licencia de maternidad, así como determinar si es procedente la reclamación de la misma a través de la acción de tutela.¹³ (Destacado de la Sala).

Precisamente, en el *sub examine* se cumplen los presupuestos para que por esta vía constitucional, se amparen los derechos fundamentales reclamados, pues en el proceso se logran acreditar los requisitos normativos para acceder al pago de la licencia de maternidad, pues contrario a lo dicho por la Nueva EPS, lo cierto es que la tutelante acompañó los certificados de aportes al sistema de protección social, que dan cuenta de su condición cotizante dependiente de la “Fundación Semillas del Sur y Fundación para el Desarrollo Social Integral de la Comunidad” durante los periodos 12/12/2016 al 3/3/2019. Es decir que por más de un (1) año antes del nacimiento de su hija (14 de agosto de 2018) ha cotizado periódicamente a la seguridad social y actualmente su estado es “vigente” y los pagos de su empleador se encuentran al día para fecha de presentación de la tutela. Veamos:

LIQUIDACIÓN DETALLADA DE APORTES			
Periodo	Empleado	EPS	Aportante
2016-12	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 15-16	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-01	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 18-19	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-02	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 19-20	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-03	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 21-22	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-04	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 23-24	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-05	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA FL. EPS) 25-26	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092 de 2006. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

2017-06	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 27-28)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-07	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 29-30)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-08	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 31-32)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-09	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 33-34)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-10	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 35-36)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-11	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 37-38)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2017-12	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 39-40)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-01	DOMINGUEZ S ALCEDO LE VIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 41-42)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-02	DOMINGUEZ S ALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 43-44)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-03	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 45-46)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-04	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 47-48)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-05	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 49-50)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-06	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 51-52)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-07	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 53-54)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-08	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 55-56)	037 (EPS)	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-09	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS (NUEVA FL. 57-58)	037 (EPS)	FUNDACION PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD- FUNDECI

2018-10 (17 DIAS DE PAGO)	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 59-60	FUNDACION PARA EL DESARROLLO SOCIAL INTEGRAL DE LA COMUNIDAD AD- FUNDECI
2018-10 (13 DIAS DE PAGO)	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 61-62	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-11	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 63-64	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2018-12	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 65-66	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2019-01	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 67-68	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2019-02	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 69-70	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR
2019-03	DOMINGUEZ SALCEDO LEVIS LUZ	EPS 037 (NUEVA EPS) FL. 71-72	FUNDACION SEMILLAS DEL SUR

De lo anterior, queda claro que en el caso de la accionante: **i)** el nacimiento de su menor hija ocurrió el 14 de agosto de 2014¹⁴, **ii)** obra certificación que da cuenta que cotizó durante el período de su gestación, pues no existe reporte o novedad sobre interrupción en las cotizaciones al sistema de salud¹⁵; **iii)** devengaba menos de un SMLMV, y este según lo afirmado en el libelo¹⁶, es su única fuente de ingreso, **(iv)** es madre cabeza de familia, hecho que no fue controvertido por la demandada y **(v)** la acción de tutela fue interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento de su hija.

Esta situación permite colegir, que es procedente el reconocimiento de la licencia de maternidad de la tutela, puesto que

¹⁴ Según consta en el registro civil de nacimiento obrante a folio 4 del cartulario.

¹⁵ Folios 15 a 72.

¹⁶ Copia de contrato individual de trabajo fl. 118 y ss.

está acreditado las cotizaciones por el tiempo necesario para tener derecho a la prestación.

Por último, se aclara que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante el FOSYGA, como lo solicita la entidad demandada en el escrito de impugnación, debido a que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho que debió ser cubierto por parte de la EPS demandada, al recibir las cotizaciones necesarias para ello.

De esta manera, la Sala al considerar como ciertos los hechos de la tutela, que además fueron corroborados por el material probatorio obrante al expediente, y dada su condición de madre cabeza de familia, concluye que es manifiesta la afectación que padece la tutelante al no recibir el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la que tiene derecho, la cual constituye el sustento de su grupo familiar, dentro de éste, un recién nacido. Por lo tanto, se dispondrá la **CONFIRMACIÓN** del fallo impugnado.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente o por cualquier medio efectivo, a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia.

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVIAR** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCELAR** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia, fue discutido y aprobado por la Sala en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en el acta N°.059

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Ausente con licencia