



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor: MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
Tema: LICENCIA DE MATERNIDAD

SENTENCIA No. 119

I. OBJETO A DECIDIR

Compete a la Sala, dirimir la impugnación presenta por la parte accionada contra la sentencia del 31 de octubre de 2014¹, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO, identificada la cédula de ciudadanía No. 64.696.730 expedida en Sincelejo, Sucre.

¹ Folios 116-122 C.Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA EPS.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda².

La señora CARMEN BETTY COBOS DÍAZ, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la vida digna y a la salud.

4.2. Hechos³.

La accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Manifestó que, se encuentra afiliada a la entidad NUEVA E.P.S., desde el 10 de octubre de 2009 y que el último período cotizado fue el 1 de agosto de 2014.

Adicionalmente, indicó que dio a luz a su hijo el día 28 de febrero de 2014; razón por la cual, consideró que la empresa prestadora de salud está en la obligación de amparar su solicitud de pago de licencia de maternidad.

Relató que, presentó solicitud a la entidad accionada encaminada al pago prestacional de maternidad, obteniendo una respuesta negativa por parte de la NUEVA EPS, quien esgrimió como fundamento de su denegación, que el número de semanas cotizadas continuas eran inferiores a las semanas de gestación.

De otra parte, la accionante refirió que es una persona de escasos recursos y que se encuentra inscrita en el nivel I del SISBEN, por lo que pretende subsistir durante el período de maternidad con los recursos económicos producto del pago oportuno de su licencia de maternidad, ya que no cuenta con otros ingresos para mediar su mínimo vital.

Finalmente, señaló como conculcados su derecho fundamental al mínimo vital, así como en el caso de su menor hijo sus derechos fundamentales al mínimo vital y la vida.

² Folio 1-4 del C. ppal.

³ Folio 1-2, ib.

4.3. Pretensiones⁴.

Con fundamento en los hechos que vienen de exponerse, la accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida; en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS a que realice los pagos por concepto de licencia de maternidad de forma inmediata.

Adicionalmente, instó se responsabilice a la demandada como lo estipula la ley, por los hechos que ha sido víctima al no reconocer el pago de la licencia de maternidad.

Por último, exigió que se impongan sanciones establecidas por ley a la entidad prestadora del servicio de salud por los malos tratos, abusos contra la salud y la vida tanto de ella como del neonato.

4.4. Contestación⁵.

La NUEVA EPS, notificada por conducto del auto de admisión de la acción⁶, presentó oportunamente su contestación, expresando que luego de haber revisado la afiliación de la demandante, concluyó no procedente el reconocimiento de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad No. 1665507; por cuanto, las semanas continuas de cotización son inferiores a las semanas de gestación, para mayor claridad expuso la siguiente reseña de la afiliación:

Empresa:	Asociación de Padres de Familia de Hogares de Bienestar del Barrio Uribe Uribe.
Fecha de primera cotización:	1 de marzo de 2014.
Fecha de retiro:	Activo.
Fecha de parto:	28 de febrero de 2014.
Semanas cotizadas ininterrumpidas:	4 semanas.
Semanas de gestación:	38 semanas.
Retiro de empresa anterior:	31 de enero de 2014.

En efecto, expresó que de acuerdo a las circunstancias antes anotadas y según lo dispuesto en el numeral 2, artículo 3 del Decreto 047 del 19 de julio de 2000, en concordancia con lo señalado en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el aportante es

⁴ Folio 2, ib.

⁵ Folio 106-108, ib.

⁶ Auto del 23 de octubre de 2014, obrante a folio 104 ib.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

quien deberá asumir el pago correspondiente a los 98 días de la licencia de maternidad, cuando se demuestre la existencia de vínculo laboral con la usuaria durante este período.

Manifestó que, la NUEVA E.P.S., enmarca todas sus actuaciones y disposiciones a lo establecido en la ley y en especial en la normatividad especial que las regula; razón por la cual, no se puede conceder la presente acción de tutela, de conformidad con lo señalado en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991.

Por último, subrayó la improcedencia de la presente acción, dado que la accionada ha cumplido lo establecido en la ley; en consecuencia, solicitó denegar el fallo en virtud a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos.

V. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 31 de octubre de 2014, resolvió tutelar el derecho al mínimo vital de la actora; en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS reconocer y pagar el 100% de la prestación por licencia de maternidad que le corresponde a la afiliada.

Como fundamento de su decisión señaló que de acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, se encuentra demostrado que la accionante no dejó de cotizar al sistema de seguridad social en salud, durante el período de gestación, situación de la que da fe un certificado expedido por la entidad accionada el 20 de agosto de 2014, donde se manifiesta que la misma se encuentra afiliada a esa entidad y que cotizó desde el 10 de octubre de 2009 hasta el 1 de agosto de 2014; por lo tanto, coligió que no existe motivo alguno para negar la licencia de maternidad deprecada.

Finalmente, previno a la Nueva EPS, que se abstenga de negar la protección que brinda la prestación de la licencia de maternidad y se ciña a los pronunciamientos efectuados en este sentido por la Corte Constitucional, para la protección de los derechos de la madre y el neonato.

VI. IMPUGNACIÓN

El 19 de noviembre de 2014, la NUEVA EPS presentó escrito de impugnación⁷ contra el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria.

Alegó el impugnante que, el inicio de la licencia de maternidad fue en febrero de 2014, no obstante, señaló que ese mes no se efectuó cotización a favor de la accionante, lo

⁷ Folio 125-127 ib.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

cual indica que no existe IBC para reconocer la licencia de maternidad; con lo cual, no se puede efectuar el respectivo recobro al FOSYGA, pues este ente exige como mínimo el pago de aportes a salud en el mes del evento.

Así mismo, señaló que el Decreto 289 del 12 de febrero de 2014 convirtió a la madres comunitarias en trabajadores dependientes, a raíz de esto cotizaron con pago anticipado hasta enero de 2014; luego, al pasar a ser empleadas dependientes el pago de la cotización se rige por el Decreto 2236 de 1999.

En este orden de ideas, destacó que la cotización que se efectuó en el mes de enero de 2014, se hizo de forma anticipada, es decir, lo laborado en enero fue sufragado el mismo mes, mientras que en lo concerniente al mes de febrero, se efectuó su pago en el mes marzo, por tal motivo no hubo cotización en febrero de 2014, mes en el que la accionante inicio la licencia; por tal motivo, expresó que la accionante debe cotizar el mes de enero de 2014, y una vez haya recaudo se dispondrá a liquidar sobre el ingreso base de cotización.

En concordancia con lo anterior, manifestó que si no se efectúa la cotización del mes de enero de 2014, correspondería al aportante ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE HOGARES DE BIENESTAR DEL BARRIO URIBE URIBE, asumir el pago correspondiente a los 98 días de licencia de maternidad, si se demuestra la existencia del vínculo laboral con la usuaria durante el período.

De otra parte, señaló que el *a quo* no ordenó en la sentencia de tutela el recobro de las incapacidades reconocidas a la accionante al Consorcio SAYP, administrador del FOSYGA, por el valor del 100% de las prestaciones reconocidas, situación que considera contraria el principio de equilibrio financiero, ya que se condenaría a la EPS, por el cumplimiento del ordenamiento reglamentado por el mismo Estado.

Por último, solicitó modificar el fallo y ordenar el recobro al SAYP del 100% de aquellos tratamientos, insumos, medicamentos, que no se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

La accionante, aportó como pruebas las siguientes:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO⁸.

⁸ Folio 5 ib.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Certificado de fecha 2 de mayo de 2014, a través del cual la NUEVA E.P.S. expone los datos básicos de la afiliación de la señora PÉREZ CAMAÑO.⁹
- Constancia de tiempo de servicios de la actora suscrita el 8 de agosto de 2014, por la Coordinadora del Centro Zonal de Sincelejo del ICBF¹⁰.
- Copia de historia clínica N° 64696730, en donde se reseña epicrisis de la accionante de fecha 1 de marzo de 2014, en donde se detalla la realización del parto¹¹.
- Certificado de incapacidad por licencia de maternidad, de fecha 1 de marzo de 2014, suscrita por el personal médico de la Clínica Las Peñas¹².
- Copia del certificado de nacido vivo de una niña, hija de la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO de fecha 28 de febrero de 2014¹³.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 23 de enero de 2014¹⁴.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 7 de marzo de 2014¹⁵.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 16 de diciembre de 2013¹⁶.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 18 de noviembre de 2013¹⁷.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 28 de octubre de 2013¹⁸.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 23 de septiembre de 2013¹⁹.

⁹ Folio 6 ib.

¹⁰ Folio 7 ib.

¹¹ Folio 8-9 ib.

¹² Folio 11 ib.

¹³ Folio 12 ib.

¹⁴ Folio 19-23 ib.

¹⁵ Folio 13-18 ib.

¹⁶ Folio 24-28 ib.

¹⁷ Folio 29-33 ib.

¹⁸ Folio 34-38 ib.

¹⁹ Folio 39-43 ib.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 16 de agosto de 2013²⁰.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 15 de julio de 2013²¹.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 17 de junio de 2013²².
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 7 de mayo de 2013²³.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 22 de abril de 2013²⁴.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 18 de marzo de 2013²⁵.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 12 de febrero de 2013²⁶.
- Planilla de autoliquidación de aportes de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 11 de enero de 2013²⁷.
- Resumen de planilla pagada correspondiente a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 23 de enero de 2014²⁸.
- Resumen de planilla pagada correspondiente a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 7 de marzo de 2014²⁹.
- Planilla integrada correspondiente a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 3 de mayo de 2014³⁰.

²⁰ Folio 44-48 ib.

²¹ Folio 49-53 ib.

²² Folio 54-58 ib.

²³ Folio 59-63 ib.

²⁴ Folio 64-68 ib.

²⁵ Folio 69-73 ib.

²⁶ Folio 74-78 ib.

²⁷ Folio 79-83 ib.

²⁸ Folio 84-85 ib.

²⁹ Folio 86-87 ib.

³⁰ Folio 88-91 ib.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Planilla integrada correspondiente a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 6 de abril de 2014³¹
- Oficio detalle planilla del Operador de Información del pago de la seguridad social de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE URIBE, fecha 7 de marzo de 2014³².
- Certificado suscrito por la NUEVA E.P.S. en donde se pormenorizan las cotizaciones efectuadas por la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO al Sistema de Seguridad Social en Salud³³.
- Oficio de solicitud de pago enviado por la NUEVA EPS a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIENESTAR DEL BARRIO URIBE, fecha 23 de julio de 2014³⁴.
- Planillas de solicitud de pago de prestaciones económicas de la NUEVA EPS³⁵.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, si:

¿Le asiste razón a la NUEVA E.P.S., en negar el pago de la licencia de maternidad a la actora por cuanto en el mes de febrero del año 2014, no hubo cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud?

¿El Consorcio SAYP administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, debe reembolsar a la Nueva EPS el valor de la licencia de maternidad causada por la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO?

³¹ Folio 89-91 ib.

³² Folio 92 ib.

³³ Folio 93-96 ib.

³⁴ Folio 97-98 ib.

³⁵ Folio 99-100 ib.

Con el propósito de arribar a la solución de lo planteado, la Sala abordará como hilo conductor las siguientes temáticas: i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la licencia de maternidad; ii) La protección de los derechos fundamentales de la madre embarazada y del hijo recién nacido; iii) Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; iv) De la facultad del recobro y su materialización en el sistema; v) Caso concreto.

8.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la licencia de maternidad.

Tradicionalmente, la jurisdicción constitucional ha indicado que en tratándose de reclamaciones encaminadas al pago de las prestaciones sociales como la licencia de maternidad, no es procedente la acción de tutela debido a que este es un derecho litigioso que debe ser resuelto de forma natural a través de la jurisdicción laboral y en uso de los medios ordinarios que existen para lograr su reconocimiento; de igual forma, otra razón que amparaba este trato, era la calificación del derecho a la seguridad social, no como un derecho de carácter fundamental sino social.

No obstante, la jurisprudencia constitucional, como excepción a esta regla general ha señalado, la procedencia del amparo en los casos en que se niega el reconocimiento de la licencia de maternidad, se debe presumir que hay una transgresión al derecho fundamental del mínimo vital de la madre y del hijo recién nacido.³⁶

Concretamente la H. Corte Constitucional frente al tema ha instruido³⁷:

Por cuanto se considera que la madre y el hijo son sujetos de especial protección constitucional que, por lo mismo, requieren atención de parte del Estado para salvaguardar su mínimo vital y sus condiciones de vida dignas, los medios ordinarios, no son los idóneos para reclamar esta prestación, pues no cuentan con la agilidad suficiente para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos.

Lo anterior no quiere significar que en todos los casos procede la acción para reclamar las licencias de maternidad, pues se ha establecido que sólo en aquellos eventos en los que se amenace el mínimo vital de la madre y su hijo y, en consecuencia, otros derechos fundamentales, podría proceder este mecanismo.

Del mismo modo, se ha indicado, por vía jurisprudencial, que existen dos eventos en los cuales se presume la vulneración del mínimo vital, cuales son: (i) cuando la madre devengue el salario mínimo legal y (ii) cuando éste sea su única fuente de ingresos. En tales supuestos le corresponde a la E.P.S. demostrar que con el no reconocimiento del pago de la licencia no se está afectando las condiciones de subsistencia de la madre y su hijo recién nacido.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-475 del dieciséis (16) de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁷ Sentencia T-216 del 23 de marzo de 2010, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En relación con la procedibilidad de la acción de tutela para estos eventos, se ha establecido un parámetro temporal, pues la madre sólo podrá ejercer este mecanismo de protección en el término de un año, contado desde el momento en que dio a luz.³⁸

8.4. La protección de los derechos fundamentales de la madre embarazada y del hijo recién nacido.

El constituyente de 1991, se preocupó en gran parte de la situación de indefensión y vulnerabilidad que pueden padecer ciertos asociados, por lo que se estableció una protección reforzada en aquellas personas que se encuentren en dichas condiciones de inferioridad, es por ello, que el artículo 43 de la Constitución Política, demarca de manera clara la especial asistencia y protección por parte del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como la de su hijo.

Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-127 de 2009, MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto señaló:

“Reflejo del espectro protector previsto por las normas internacionales y en desarrollo de la definición del Estado colombiano como Social y de Derecho (artículo 1º) y específicamente de su deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13), la Constitución de 1991 dispuso en su artículo 43, de un lado, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres junto con la consecuente prohibición de toda clase de discriminación con fundamento en el género, y de otro, el derecho de las mujeres a gozar de la especial protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Así mismo previó la posibilidad de recibir un subsidio alimentario si entonces estuvieren desempleadas o desamparadas.

En igual sentido y buscando proteger en forma expresa a las madres trabajadoras, el artículo 53 superior estableció como principio rector en materia laboral, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Los preceptos antes citados establecen pues, medidas de protección destinadas a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niños y niñas, en atención a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ellas y ellos ostentan con fundamento en los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional.

La protección constitucional, se ha materializado en el establecimiento de la estabilidad reforzada, la atención en salud de la mujer gestante, la licencia de maternidad, descansos remunerados, la atención gratuita en salud para menores de un año, entre otros³⁹:

“La protección en comento ha sido desarrollada por diferentes normas legales y reglamentarias, concretando en diferentes planos el amparo que por mandato superior compete al Estado. De este modo, la protección de los derechos de las mujeres así como de los niños y de las niñas se garantiza entre otras por medio de la adopción de las siguientes medidas: (i) estabilidad reforzada en el empleo

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-999 del veintisiete de octubre de 2003, MP. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-475 del dieciséis (16) de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

³⁹ ibídem

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

prevista por el artículo 239 del C. S. T., subrogado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990, artículo 240 C. S. T. y el artículo 241 C. S. T. modificado por el decreto 13 de 1967 artículo 8; (ii) atención en salud de la mujer gestante, incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud (artículo 162 ley 100 de 1993); (iii) licencia de maternidad o descanso remunerado durante la época del parto dispuesta por el artículo 236 C. S. T subrogado por el artículo 34 de la ley 50 de 1990; (iv) descanso remunerado durante el período de lactancia (artículo 238 C.S.T. subrogado por el decreto 13 de 1967 artículo 7) y (v) atención gratuita en salud para los menores de un año cuando no pertenezcan al sistema general de seguridad social en salud (artículo 50 C. N.).”

En ese orden, uno de los medios en que se ha desarrollado la tutela a los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y de sus hijos por nacer o nacidos, es a través del reconocimiento de ciertas prestaciones económicas como la licencia de maternidad, la cual es entendida como *“una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido”*⁴⁰.” Afirmación reiterada por la Honorable Corte Constitucional, en sentencia de marzo 23 de 2010:

“Dentro de las prestaciones económicas que contempla el ordenamiento se encuentra la llamada licencia de maternidad, definida por el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, así: “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.”

Por tanto, esta prestación no es sólo una manifestación del principio de solidaridad social, si no, también, una consecuencia de la protección consagrada en el artículo 43 de la Constitución de 1991 según la cual la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este un subsidio alimentario si entonces estuviese desempleada o desamparada.” Además de esta protección especial, la licencia de maternidad es el resultado del cumplimiento efectivo de los principios constitucionales de amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del menor a la vida digna y al mínimo vital”⁴¹

Finalmente, el Alto Tribunal sobre los tres propósitos inviolables de la licencia de maternidad expresó⁴²:

En ese desarrollo, 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.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-216 de 2010. M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴² Sentencia T-646 del 23 de agosto de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla

8.5. Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Para efectos de precisar los requisitos en mención, esta Colegiatura se apoya en la sentencia T-216 de 2010, 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 hijo⁴³.

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.

Posición jurisprudencial que permite entender que “la apreciación de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica derivada de la misma debe tener en cuenta la protección de los derechos constitucionales fundamentales en conflicto y, en tal sentido, puede conducir a la inaplicación de las exigencias antes mencionadas cuando éstas se tornen inconstitucionales en circunstancias específicas”⁴⁴

8.6. De la facultad de recobro y su materialización en el sistema.⁴⁵

El artículo 207 de la Ley 100 de 1993 con respecto al tema señala:

ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil

⁴⁴ Sentencia T-127 de 2009.

⁴⁵ Tema previamente abordado por esta Corporación en sentencia del 29 de noviembre de 2012, Exp. 2012-00082-02, MP. Dr. Cesar E. Gómez Cárdenas

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Se advierte que, dentro las obligaciones del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- se encuentra la de cubrir los gastos que hacen las EPS para efectos de pagar licencias de maternidad, afirmación que ha sido aceptada por la Jurisprudencia Constitucional, atendiendo al estudio integral del sistema de Salud y de los parámetros que el mismo indica:

“Según los artículos 218 de la Ley 100 de 1993 y 1° del Decreto 1283 de 1996, el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. De acuerdo a lo establecido en el artículo 207 de la misma ley, el FOSYGA tiene dentro de sus funciones el pago de las licencias de maternidad.

(...)De lo anterior se infiere que, por disposición legal, el FOSYGA es el obligado a cubrir la prestación por licencias de maternidad y por lo tanto debe transferir a las EPS, que actúan como simples intermediarios para su reconocimiento, los dineros que éstas finalmente giren a sus afiliadas, “siempre que se cumplan con los requisitos del régimen o que exista por vía judicial una inaplicación de las disposiciones sobre la materia”. Esta obligación es desarrollada por el FOSYGA a través del proceso de compensación definido y regulado por el Decreto 2280 de 2004.”(Comillas dentro del texto).⁴⁶

Sin embargo, el Alto Tribunal Constitucional aclaró que pese a la obligatoriedad en comento, “lo que da lugar al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios y no la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro mediante una orden”, aseveración que esta Sala acoge, y da lugar a concluir, que la discusión en torno al recobro o no de las sumas al FOSYGA obedece exclusivamente a procedimientos administrativos propios del sistema, más no en los escenarios jurídicos expuestos a través de esta acción constitucional.

8.7. Caso concreto.

La señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO pretende por vía de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud; presuntamente amenazados por la NUEVA E.P.S., que se rehúsa a no reconocer el pago de la licencia de maternidad aduciendo que las semanas de cotización son inferiores a la semanas de gestación.

Considera la Sala en este caso, que es viable la procedencia de la acción de tutela en este caso, toda vez que según ha indicado el Alto Tribunal Constitucional la negativa en el reconocimiento de la licencia de maternidad *per se* constituye una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del neonato, cuando i) la madre devengue el salario mínimo como es el caso de la actora, según da fe el IBC de la actora, ii) cuando éste sea su única fuente de ingresos, caso que se ajusta al de la aquí accionante, quien expresó en el libelo introductorio que percibe como único ingreso su salario, a espera del reconocimiento de la respectiva licencia materna y iii) interponer la acción de tutela

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-216 de 2010. M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

dentro del año siguiente nacimiento del menor, requisito éste que se encuentra satisfecho, pues el parto de la actora tuvo lugar el 28 de febrero de 2014, por lo que se encuentra en tiempo para solicitar el amparo constitucional, dado que preserva el requisito de inmediatez; en consecuencia, verificados los anteriores menesteres se procederá al estudio de fondo del asunto.

En este orden de ideas, tenemos que, la accionante es afiliada en el régimen de seguridad social en salud a la entidad NUEVA E.P.S., desde el 10 de octubre de 2009, en calidad de cotizante dependiente, como consta en el certificado expedido por la entidad⁴⁷ en los que se detalla con precisión los períodos cotizados al sistema; en este sentido, de acuerdo a la información suministrada en éste, se observa que la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO cotizó de forma independiente los meses de noviembre y diciembre de 2013, así como el mes de enero de 2014; dejando de cotizar sólo el mes febrero de 2014, lapso en el cual dio a luz a su hijo el día 28.

En efecto, precisamente la falta de cotización del mes de febrero de 2014 por parte de la actora, es lo que motiva a la NUEVA EPS a señalar en la alzada que no existe IBC para reconocer la licencia de maternidad deprecada.

Empero, ha sido la Corte Constitucional la que ha teorizado al respecto, señalando por vía jurisprudencial en no pocos pronunciamientos, que la falta de cotización de un mes al Sistema de Seguridad en Salud, no es óbice para reconocer la licencia de maternidad, pues lo importante es que en el período de gestación la afiliada cotizará de manera ininterrumpida al sistema de salud como efectivamente lo hizo.

Ahora bien, debe anotarse que el mes que la señora PÉREZ CAMAÑO dejó presuntamente de cotizar, fue precisamente el mes en que nació su hijo; sin embargo, la Sala precisará más adelante que la mora alegada es inexistente y aún si la hubiera causado, la Corte Constitucional ha dicho que la omisión durante lapsos cortos de uno o dos meses, no es un impedimento para otorgar la licencia de maternidad, así se ha pronunciado el Alto Tribunal:

La Corte Constitucional ha venido desarrollando una medida⁴⁸ con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad

⁴⁷ Ver folio 93-95

⁴⁸ T-034 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el período de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el período de gestación.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007⁴⁹, se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(…) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006⁵⁰. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007⁵¹ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007⁵², se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”⁵³.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (Subrayas fuera de texto)

En la sentencia T-530 de 2007, teniendo en cuenta las consideraciones de los casos arriba mencionados, la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se había dejado de cotizar menos de dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes.

Al tenor, encuentra relevante la Sala en la respuesta que ofreció la NUEVA EPS el 23 de julio de 2014, a la Asociación de Padres de Familia de Hogares de Bienestar del Barrio Uribe, que lo allí expuesto, es discordante con la información que reposa en la base de datos de la entidad, tal como lo relata en la impugnación de la presente acción, pues de las pruebas recabadas, se puede extraer diáfananamente que la señora MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO, cotizó al Sistema de Salud religiosamente hasta el mes de enero de 2014, luego, su cotización del mes de febrero fue realizada según se advierte el 7 de marzo de 2014 (fl. 95), situación está que fue reconocida por la misma entidad

⁴⁹ Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵⁰ Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁵¹ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵² Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Ibídem.

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

en la impugnación (fl. 126); aclara la Sala que equivocadamente la Asociación de Padres de Familia del Barrio Uribe, manifestó pagar el mes de marzo pero en realidad estaba sufragando el mes de febrero, asunto que coincidió con el cambio de naturaleza de la afiliación de independiente ha dependiente, literalmente al respecto la NUEVA EPS enunció :

“Por lo anterior, enero lo cotizaron anticipado, es decir lo laborado en enero lo pagaron en enero. Mientras que lo laborado en febrero lo pagaron en marzo (como nos pasa a todos los trabajadores dependientes. Por tal motivo, no hubo cotización en febrero de 2014, mes en que ella inició la licencia.

En virtud de lo anterior, la accionante debe cotizar el mes de enero de 2014, una vez haya recaudo, podemos liquidar sobre ese Ingreso Base de Cotización.”

Corolario de lo anterior, se tiene que en el momento en que se inicia la licencia de maternidad de la actora -1 de marzo de 2014-, dado que su hija nació el 28 de febrero, no se había constituido mora alguna por el pago de cotización, puesto que, ésta debe ser declarada y pagada dentro de los 10 (diez) primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las respectivas remuneraciones; por lo tanto, la mora es inexistente y por ende es procedente el pago íntegro de la licencia de maternidad.

En consecuencia, considera este Tribunal que atendiendo a los referentes jurisprudenciales anotados, es procedente el reconocimiento de la licencia de maternidad a la accionante, por haber sido vulnerado su derecho al mínimo vital; razón por la cual, confirmará el fallo de primera instancia.

De otra parte, respecto al recobro solicitado al FOSYGA, la Sala no lo ordenará, ya que tal situación debe ser decidida desde un plano administrativo más no en el presente escenario jurídico.

Finalmente, ante la actitud asumida por la NUEVA EPS en este caso, se compulsará copias al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en ejercicio de sus respectivas funciones, investiguen las actuaciones surtidas por esta entidad prestadora del servicio público de salud a efectos de precaver este tipo de procedimiento que conculcan derechos fundamentales vitales a la mujer y a los niños.

IX. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al primer problema jurídico planteado es negativo, por cuanto la Sra. MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO ha venido cotizando de manera ininterrumpida los aportes en salud, y dada la especial protección que tiene por su estado y por su menor hijo le asiste derecho al reconocimiento y pago integral de la

Expediente:	70-001-33-33-003-2014-00220-01
Actor:	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ CAMAÑO
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

licencia de maternidad; respecto al segundo interrogante jurídico planteado la respuesta será negativa, puesto que esa situación debe resolverse a través de los respectivos trámites administrativos y no judiciales.

X. DECISIÓN

Por lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones del sistema oral, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y ENVÍESE copia de la presente decisión al juzgado de origen.

TERCERO: COMPULSAR copias de la presente actuación al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en ejercicio de sus respectivas funciones investiguen las actuaciones surtidas por esta entidad prestadora del servicio público de salud a efectos de precaver este tipo de situaciones en las que se conculcan derechos fundamentales a la mujer y a los niños.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia se consideró y aprobó por este Tribunal, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en el Acta de Sala No. 192.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado