



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente:	70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor:	KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado:	NUEVA E.P.S
Acción:	TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
Tema:	PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD POR TUTELA CUANDO SE DEJA DE APORTAR EN EL PERIODO DE GESTACIÓN MENOS DE DOS MESES

SENTENCIA No. 015.

I. OBJETO A DECIDIR

Compete a la Sala, dirimir la impugnación presenta por la parte accionada contra la sentencia del 18 de diciembre de 2015¹, proferida por el Juzgado Octavo 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 KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ.

¹ Folios 32-37 C.Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ, identificada la cédula de ciudadanía No. 23.178.859 expedida en Sincelejo, Sucre.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA EPS.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda².

La señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ, actuando por medio de apoderada judicial, presentó acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad.

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. S.A. por la Fundación Enlace en calidad de trabajadora a partir del 12 de agosto de 2014; refiere que estando afiliada a la entidad tutelada, quedó en estado de embarazo de su menor hijo VALENTINO BENÍTEZ CONTRERAS.

Adicionalmente, precisó que su médico tratante de la EPS, determinó como fecha probable de parto el día 17 de junio de 2015; de acuerdo a lo anterior, indicó que dio a luz a su hijo el día 15 de junio.

En razón de lo anterior, aduce que presentó solicitud a la entidad accionada encaminada al pago prestacional de la licencia 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.

² Folio 1-6 del C. ppal.

³ Folio 1-2, ib.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

4.3. Pretensiones⁴.

Con fundamento en los hechos anteriormente expuestos, la accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud e igualdad; en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS a que realice el reconocimiento y pago de las 14 semanas correspondientes por concepto de licencia de maternidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 o el artículo 236 del C.S.T.

4.4. Contestación⁵.

La NUEVA EPS, presentó oportunamente su contestación, expresando que la accionante está afiliada desde el 12 de septiembre de 2014, pero luego expresa que revisada la afiliación de la demandante, concluyó no procedente el reconocimiento de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad No. 2237521; 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:	Fundación Enlace FUNDAENLACE
Fecha de ingreso:	1 de enero de 2015.
Fecha de retiro:	Vigente.
Fecha de parto:	15 de junio de 2015.
Días cotizados ininterrumpidos:	150 días.
Días de gestación:	273 días.

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 cual señala que la *“Licencia de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”*, en caso contrario el aportante en este caso Fundación Enlace FUNDAENLACE es 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

⁴ Folio 5-6, ib.

⁵ Folio 19-24, ib.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

la cual, no se puede conceder la presente acción de tutela, de conformidad con lo señalado en el artículo 3° del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 anteriormente citado.

Al respecto, señaló que conceder una acción de tutela bajo estos presupuestos es apartarse de la ley, porque al no haber vulnerado ningún derecho no se puede pretender el amparo constitucional del mismo, tal como lo disponen las sentencias T 999 de 2003, T 118 de 2003, T 273 de 2005, y T 279 de 2005.

Igualmente, precisó que la jurisprudencia constitucional excepcionalmente ha ordenado el pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad, en aquellos casos cuando no se ha cotizado ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación ello con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del menor y su madre.

Por otra parte, como apoyo a su tesis, citó el artículo 9° del Decreto 783 de 2000 que modifica el numeral 1° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, así como, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 806 de 1998.

Aunado a lo anterior, 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.

Por último, solicitó como petición especial que, en caso de que el fallo de tutela sea a favor de la accionante, se le expida una copia completa del mismo a efectos de poder realizar el recobro de los insumos y medicamentos NO POS, ante el CONSORCIO SYAP de conformidad con lo establecido en el artículo 304 del C.P.C.

V. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2015, 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, citó el artículo 43 de la Constitución política, la sentencia T-517 de 2013 y la sentencia T- 1060 de 2012 de la Honorable Corte Constitucional, a partir de lo cual, se evidencia que las mujeres embarazadas gozan de protección constitucional especial y reforzada no solo durante ese estado sino también durante el parto y lo consecuente a él, protección que se hace extensible para el recién nacido.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Así las cosas, señaló que la señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ, se encontraba afiliada a la NUEVA E.P.S. desde el momento en que empezó a trabajar como dependiente en la Fundación Enlace, que el 15 de junio de 2015 dio a luz a su hijo, y ante tal eventualidad la accionante presentó la incapacidad ante la E.P.S., quien le informó que no le pagarían la licencia de maternidad solicitada, dado que tal como lo establece el Decreto 047 del 19 de julio de 2000, sólo se paga la licencia siempre y cuando el trabajador haya cotizado ininterrumpidamente al sistema durante su período de gestación.

Al respecto, aduce que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha inaplicado la citada disposición y en su lugar ha dado aplicación a la regla contenida en el numeral 10 del punto i de la sentencia T-034 de 2007, el cual señala que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad.

Por tal motivo, señaló que si bien la accionante no cumple con un número de semanas cotizadas igual al número de semanas de gestación, la misma si cuenta con aportes que se evidencian de acuerdo a lo reseñado por la entidad accionada por parte de la entidad accionada, la cual señala:

fecha de ingreso	12 de agosto de 2014
fecha de retiro	01 de diciembre de 2014
fecha de ingreso	El 01 enero de 2015- a la fecha se encuentra vigente la afiliación.
Fecha de parto	12 de junio de 2015
Días ininterrumpidos	30 días

En razón a ello y a la jurisprudencia estudiada, el sentenciador de instancia estimó que en el caso concreto, la accionante cotizó durante 8 meses y solo dejó de cotizar por el término de 30 días; es decir, inferior a los 2 meses de que trata la jurisprudencia precitada, por lo que la accionante ha cumplido con lo requerido para el pago total de la licencia de maternidad; por lo tanto, coligió que no existe motivo alguno para negar las pretensiones deprecadas.

VI. IMPUGNACIÓN

El 12 de enero de 2016, el apoderado de la NUEVA EPS presentó escrito de impugnación⁶ contra el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

⁶ Folio 40- 45 ib.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

La accionante, aportó como pruebas las siguientes:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ⁷.
- Copia de la respuesta de solicitud radicado VO- GRC –DPE 609889 NIT 806009816 realizada por la actora, a través del cual la NUEVA E.P.S. negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad⁸.
- Certificado, expedido por la Dirección de Aportes y Cartera Estado de Cuenta Individual por Afiliado, a través del cual la NUEVA E.P.S. expone los datos básicos de la afiliación de la señora CONTRERAS DOMÍNGUEZ.⁹
- Copia de historia clínica N° 23178859, en donde se reseña epicrisis de la accionante de fecha 15 de junio de 2015, en donde se detalla la realización del parto¹⁰.
- Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor VALENTINO BENÍTEZ CONTRERAS, hijo de la señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ de fecha 18 de noviembre de 2015¹¹.

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 no coincidir las semanas de gestación con las de cotización?

⁷ Folio 7 ib.

⁸ Folio 8 ib.

⁹ Folio 9 ib.

¹⁰ Folio 10 ib.

¹¹ Folio 12 ib.

Expediente:	70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor:	KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado:	NUEVA E.P.S
Acción:	TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Con el propósito de arribar a la solución de lo planteado, la Sala abordará como hilo conductor las siguientes temáticas: i) Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad. Cotización inferior al período de gestación; 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) Caso concreto.

8.3. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad. Cotización inferior al período de gestación.

Tradicionalmente, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la tutela no puede interponerse para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues se trata de controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral, por cuanto, el derecho a la seguridad social no es considerado en sí mismo como fundamental *“sino como un derecho social que no tiene aplicación inmediata”*¹², una razón más por la cual, las controversias generadas en torno a este tema deben ser resueltas por los jueces ordinarios.

En este entendido, la licencia de maternidad no podría ser reclamada por intermedio de la acción de tutela; 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.¹³

Concretamente la H. Corte Constitucional frente al tema ha instruido¹⁴:

*“el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”*¹⁵

Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación¹⁶, respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de

¹² Corte Constitucional, sentencia T-103 del ocho (8) de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-216 del veintitrés (23) de marzo de 2010, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-368 del dieciocho (18) de junio de 2015, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-788 del diecinueve (19) de agosto de 2004, MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ Decreto 47 de 2000, Art. 3, núm. 2.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

acuerdo con las circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, atendiendo su circunstancia específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.¹⁷ Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho¹⁸. En lo referente al anterior requisito, la Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

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

Por lo anterior, esta Corporación en varias oportunidades, ha inaplicado la citada disposición legal, ordenando el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pese de que la persona no haya cotizado a la E.P.S. durante todo el período de gestación¹⁹. Al respecto ha señalado:

En sentencia T-206 de 2007²⁰ esta Corporación sostuvo que “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”.²¹

Posteriormente en Sentencia T-475 de 2009²², recogió las reglas acerca de la procedibilidad del amparo de tutela para el pago de la licencia en el evento en que la madre no efectuó las respectivas cotizaciones dentro del período de gestación y el pago completo o proporcional de la referida prestación. En aquella oportunidad afirmó:

¹⁷ Recientemente en la Sentencia T-554 de 2012 y T-034 de 2007 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte sostuvo: “(...)la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida”

¹⁸ Decreto 1804 de 1999, Art. 21, núm. 1.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 2009, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰ MP, Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹ Ídem.

²² Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

(i) *En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”.*

(ii) *El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.*²³

(iii) *Con base en el principio pro homine se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas”*²⁴.

Siguiendo con el mismo lineamiento, recientemente en Sentencia T-049 de 2011²⁵, esta Corporación reiteró la protección a la madre en estado de gravidez y del niño recién nacido. En este sentido indicó:

“La Corte Constitucional ha señalado que la regla aplicable a casos en que se niegue la licencia de maternidad con el argumento de no cumplir con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, es la siguiente: una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental a la salud y a la vida de una mujer, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad porque no cumple con el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación, y así poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, esta Corte estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional.

De lo anterior se derivan dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”. Además, la jurisprudencia ha establecido las siguientes condiciones: (i) el término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo, (ii) la responsabilidad por la ausencia de

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador y (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe”

En síntesis, la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad.

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 niñas y niños, 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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

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 otros²⁶:

“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 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”*²⁷.” 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”*²⁸

²⁶ ibídem

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-216 de 2010. M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Finalmente, el Alto Tribunal sobre los tres propósitos inviolables de la licencia de maternidad expresó²⁹:

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.

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 hijo³⁰.

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”.³¹

²⁹ Sentencia T-646 del 23 de agosto de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil

³¹ Sentencia T-127 de 2009.

Expediente:	70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor:	KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado:	NUEVA E.P.S
Acción:	TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

8.6. Caso concreto.

La señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ pretende por vía de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, al mínimo vital, seguridad social, salud y la igualdad; presuntamente amenazados por la NUEVA E.P.S., que se rehúsa a 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 el particular, 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, ii) cuando éste sea su única fuente de ingresos, e iii) interponer la acción de tutela dentro del año siguiente al nacimiento del menor; requisito éste que se encuentra satisfecho, pues el parto de la actora tuvo lugar el 15 de junio de 2015, 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, se tiene que, la accionante es afiliada en el régimen de seguridad social en salud a la entidad NUEVA E.P.S., desde el 12 de agosto de 2014, pero afiliada desde septiembre del 2014, tal como lo sostiene en su contestación, en calidad de cotizante dependiente, como consta en el certificado expedido por la entidad³² 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 KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ cotizó de forma ininterrumpida a partir del 12 de agosto de 2014 hasta el 01 de diciembre de la misma anualidad; y del 01 de enero de 2015 a la fecha, según consta en el certificado expedido por la entidad; quien sigue vigente en la afiliación, esclareciendo entonces que la actora dejó cotizar sólo 30 días faltantes del mes de diciembre de 2014; encontrándose que este mes aparece con aporte efectuado en el reporte de afiliación al que se ha hecho mención en este párrafo.

Quiere la Sala precisar, que si en gracia de discusión, la falta de cotización de los 30 días del mes de diciembre del año 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, esto no es de recibo, ya que 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

³² Ver folio 9.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

gestación la afiliada cotizará de manera ininterrumpida al sistema de salud como efectivamente lo hizo.

Al tenor de lo anterior, se puede extraer que la señora KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ, cotizó al Sistema de Salud periódicamente a partir de su fecha de ingreso como trabajadora de la Fundación Enlace FUNDAENLACE, período comprendido a partir del 12 de agosto de 2014 hasta el 15 de junio de 2015, cuyas cotizaciones se efectuaron ininterrumpidamente, así como consta en el reporte de afiliación (fl. 9), siendo la fecha de parto el 15 de junio de 2015, de lo cual se infiere que no hay días dejados de cotizar y si se acepta que existen, esto no supera los dos meses establecidos por la H. Corte Constitucional, razón por la cual deben ser amparados sus derechos fundamentales autorizando el pago íntegro de la licencia de maternidad.

Por otra parte, en lo concerniente al recobro solicitado por NUEVA EPS al CONSORCIO SAYP, este se negará, toda vez que la solicitud elevada por la accionante solamente va dirigida al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de maternidad, más no a medicamentos.

IX. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es negativo, por cuanto la Sra. KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ 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 licencia de maternidad.

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 18 de diciembre de 2015 proferida por el Juzgado Octavo 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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2015-00256-01
Actor: KAREN LORENA CONTRERAS DOMÍNGUEZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: 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 de la fecha, según consta en el Acta de Sala No. 021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

(En uso de permiso)