



Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de tutela.
Radicado	13001-33-33-012 -2019-00191-01
Demandante	Jennifer Lisdays Bolaño Polo
Demandado	Nueva EPS
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante.

2.1. La demanda (fs. 1-2)

a. Pretensiones.

La señora Jennifer Lisdays Bolaño Polo solicitó el amparo sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS reconocer y pagar las licencia de maternidad comprendida entre el 17 de mayo de 2019 al 19 de septiembre de 2019.

b. Hechos.

La accionante afirmó, en resumen, que se encuentra afiliada a la Nueva EPS, dentro del régimen contributivo de salud, cotizando como independiente.

Producto de las distintas complicaciones, su embarazo fue considerado como de alto riesgo, por lo que le fue programada cesárea para el día 17 de mayo de 2019, fecha en la cual inició su licencia de maternidad, la cual finalizaría el 19 de septiembre del año en curso.

Por lo anterior, acudió el 19 de junio de 2019 a la Nueva EPS para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, solicitud que fue resuelta de forma desfavorable el 01 de agosto de 2019 con el argumento de sus aportes a seguridad social fueron extemporáneos.



Finalmente, sostuvo que ha realizado los pagos a seguridad social oportunamente, excepto el mes de mayo y junio de este año, que presentó mora y sin embargo la misma fue cancelada.

2.2. Contestación (fs.26-33).

La **Nueva EPS** rindió informe en el que sostuvo que la accionante se encuentra afiliada en el régimen contributivo.

Una vez realizada la verificación en el sistema, evidenció que la usuaria presentó mora para el periodo correspondiente a mayo de 2019, el cual debía ser cancelado de acuerdo a las fechas estipuladas en Decreto 1670 de 2007, por lo que no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia de maternidad No. 5215725 a nombre de la accionante.

Según el estado de aportes, la cotización que comprende el mes mayo de 2019 tuvo como fecha de pago el 09 de julio de 2019, y teniendo en cuenta que para efectuar el reconocimiento económico por concepto de incapacidades y licencias el afiliado debe encontrarse al día en el pago de los aportes, no es posible acceder a tal solicitud.

La acción de tutela de la referencia es improcedente toda vez que el tema que aquí se debate es competencia de la Superintendencia de Salud y la jurisdicción ordinario laboral.

Igualmente, la acción de tutela se torna improcedente para obtener el pago de reembolsos de gastos médicos, licencias de incapacidad, solicitud de dineros, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud en la que pudo incurrir la EPS se encuentra superada.

FALLO IMPUGNADO. (Fs.44-54)

Mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, el A-quo tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante, y ordenó a la Nueva EPS al reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

Para sustentar su decisión, el A- quo señaló que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada en el marco normativo de la providencia, el reclamo derivado del pago de incapacidades laborales es procedente a través del mecanismo de amparo cuando la ausencia de ese beneficio ponga en riesgo derechos fundamentales, lo cual, debe presumirse al ser éste la fuente primaria de ingresos sustitutivos de salario, como es el caso como de la accionante, quien requiere los dineros solicitados para solventar las necesidades básicas de su núcleo familiar, puesto que el pago de la incapacidad por licencia de maternidad se convierte durante el periodo de inactividad laboral en la única fuente de ingresos.



Si bien la accionante debía estar al día en el pago de aportes a la seguridad social para que le fuera reconocida la licencia de maternidad, lo cierto es que la Entidad Promotora de Salud se allanó en la mora al no requerir el pago de la suma adeudada, y posteriormente no haberla rechazado. El hecho de que la tutelante haya realizado el pago de la cotización del mes de mayo de manera extemporánea, no constituye razón suficiente para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad.

De acuerdo con las pruebas obrante en el expediente, la accionante realizó todas las gestiones pertinentes ante la Nueva EPS para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, y la negativas de la accionada vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso, pues entre la fecha de radicación de la solicitud y la respuesta otorgada por el EPS transcurrieron más de veintiocho (28) días hábiles, desconociendo los términos establecidos en el artículo 2.2.31.1 del Decreto 780 de 2016.

V.- IMPUGNACIÓN

La Nueva EPS impugnó la decisión del A-quo con apoyo en los argumentos expresados en la contestación de la tutela, que reiteró, y solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se rechace por improcedente la acción constitucional de la referencia.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

7.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si se constituyó allanamiento de la mora por parte de la NUEVA EPS al aceptar el pago extemporáneo de la cotización por parte de la accionante, y en caso afirmativo si han violado sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y debido proceso.





7.3 Tesis de la Sala.

En el proceso se demostró que la EPS accionada se había allanado a la mora al no negarse a los pagos extemporáneos de los aportes efectuados por la accionante; y por ello tenía la obligación de pagar su licencia de maternidad. Como lo no lo hizo, vulneró sus derechos a la salud y al mínimo vital, razón por la cual se confirmará la decisión del A quo que amparó los derechos invocados y ordenó el pago de la licencia referida.

7.4 MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

7.4.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier

Autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro

Medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

-Está instituida para proteger derechos fundamentales.

-**La subsidiariedad**, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.

-**La inmediatez**, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela en procura del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad.



Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En concordancia con lo anterior, el máximo ente de lo constitucional sostuvo en reciente jurisprudencia¹ lo siguiente:

"En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.

Así, la Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia.

*De esta forma, esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna".*

Se concluye entonces que, si bien, la licencia de paternidad es un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela, de manera excepcional y cuando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido se encuentren vulnerados por la falta de reconocimiento de la misma, la tutela se transforma en el mecanismo

¹ **Sentencia T-278/18.** Referencia: Expediente T-6.608.761 Acción de tutela presentada por Yeliza Tatiana Ramírez García, en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Emily Bedoya Ramírez contra MEDIMAS EPS. Asunto: El derecho al debido proceso en los trámites de reconocimiento de licencias de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud. Procedencia: Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira. Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018).





judicial procedente para ello y no sería necesario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

De la licencia de maternidad

Conforme al mandato de especial asistencia y protección del Estado, a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la figura de la licencia de maternidad, la cual es un período de descanso remunerado en época del parto.

Inicialmente, dicho periodo se estableció por 8 semanas. Luego, la Ley 50 de 1990 la extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

Según la Corte Constitucional la licencia de maternidad es *"un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento"*²

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido el alcance y connotación de la licencia de maternidad en los siguientes términos:

"La licencia de maternidad además de tener una connotación económica deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto cubre a las madres y a sus hijos o hijas; e (ii) integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

Cabe resaltar que para esta Corporación, la licencia de maternidad es 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".

² Sentencia T-998 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.



Esta prestación cubre tanto a personas vinculadas mediante contrato de trabajo como a todas aquellas que con motivo del nacimiento, suspenden sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que satisfacían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento³".

La licencia de maternidad se encuentra regulada en el artículo 1º de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 en los siguientes términos:

"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. 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 tomará 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 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."

A su vez, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

"Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC."

A su vez, el artículo 2.1.13.2 del citado decreto se ocupa de regular el caso de la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un

³ **Sentencia T-489/18.** Referencia: Expediente T-6.683.302 Acción de tutela instaurada por Ana Isabel Cadena Rey en contra de CAFESALUD EPS -en reorganización- y MEDIMÁS EPS Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Bogotá D.C., catorce (14) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018)





salario mínimo mensual legal vigente y cotiza un período inferior al de gestación. Según esta disposición tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad de la siguiente manera: (i) Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia y (ii) Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos; es decir, para que una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, sin embargo la misma Corporación modificó su postura en los siguientes términos:

"(...) 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 2006. 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 periodo de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007 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 periodo de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007, 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 a aquellas normas que determinan que el periodo de cotización debe ser igual al de la gestación".

*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%⁴)."*

⁴ sentencia T-530 de 2007. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra



En virtud de lo anterior, 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 interrumpe la cotización por un periodo inferior a dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes. De esta manera, se protege el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

Del allanamiento a la mora

En los casos en que las entidades prestadoras de salud niegan el reconocimiento y pago de incapacidades o licencias con el argumento de que el afiliado realizó de forma extemporánea sus aportes en salud, la Corte ha señalado que *"cuando los empleadores o trabajadores independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud, EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido"*⁵

En igual sentido se pronunció en reciente jurisprudencia⁶ al señalar que:

"...Cabe precisar que, a partir de la sentencia T-413 de 2004, la Corte extendió la figura del allanamiento a la mora en el pago de las licencias de maternidad, a los casos de reconocimiento y pago de incapacidades laborales. La sentencia mencionada, estableció que el allanamiento a la mora cuyo origen se remontaba al caso de licencias de maternidad, tenía total vigencia y aplicabilidad en los casos de las incapacidades laborales por presentarse supuestos similares en los cuales las entidades se negaban a reconocer las prestaciones que les correspondían, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos de los aportes, sin que hubieran actuado para remediar esta situación.

Con fundamento en lo anterior, la Corte en numerosos casos como el que se estudia en esta ocasión, ha señalado que, "(...) con fundamento en la figura del allanamiento a la mora, no podrá negarse el reconocimiento de una incapacidad laboral por enfermedad general en tanto se parte de la base que las entidades responsables de autorizarlas y cancelarlas, en este caso, las EPS, han aceptado los aportes en salud efectuados al sistema de forma tardía, sin que hayan rechazado su pago o emprendido acciones legales serias orientadas a su cobro judicial. No es posible, que las mismas aleguen la extemporaneidad del pago de los aportes tan solo cuando le son solicitadas prestaciones y no cuando reciben el dinero en cuestión"

⁵ Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-413 de 2004 (Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-490 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶ Sentencia T-025/17. Referencia : T-5.735.871 Acción de Tutela instaurada por Wilmar Javier Arias Valencia contra Sanitas EPS. Magistrado Ponente: AQUILES ARRIETA GÓMEZ Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017)





Así pues, aun cuando el trabajador independiente haya efectuado el pago de manera tardía, si la E.P.S demandada no lo ha requerido para que lo hiciera, ni hubiese rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del trabajador independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral de él".

Con apoyo en los criterios anteriores la Sala decidirá la impugnación contra la sentencia de primera instancia.

VIII. PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

- Copia de la respuesta del 1º de agosto de 2019, emitida por la Nueva EPS a la solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad elevada por la accionante, en la que niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por haber presentado mora en el pago de aportes correspondientes a mayo de 2019 (f. 3)
- Copia de la respuesta del 5 de agosto de 2019 emitida por la Nueva EPS a la solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad elevada por la accionante, en el mismo sentido que en la respuesta anterior. (f. 4)
- Copia del traslado de la PQR con el radicado Número PQRD-19-048487 realizado por la Supersalud a la Nueva EPS (fl. 6-7)
- Copia del formato de solicitud y notificación de transcripción para incapacidad o licencia radicada por la accionante ante la Nueva EPS el 21 de mayo de 2019 (fl.8)
- Copia de certificado de incapacidad médica No. 5144862 emitida a favor de la accionante, expedido por el médico tratante de la Nueva EPS (fl.13)
- Copia de historia clínica de la accionante No. 57452790. (Fls.14-15)
- Copia de resumen general de pago de cotización del mes de julio a cargo de la accionante. (fl.16)
- Copia de resumen general de pago de cotización del mes de junio de 2019 de la accionante . (fl.17)
- Copia de resumen general de pago de cotización del mes de mayo (fl.18)
- Copia de cédula de la accionante. (fl.19)
- Copia de la certificación de los aportes realizados por la accionante desde 01 de septiembre de 2016 hasta el 01 de septiembre de 2019, expedida por la Nueva EPS (Fls. 31-32)
- Copia de certificado de incapacidades emitidas, suscrita el 19 de septiembre de 2019 por la Dirección de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS a favor



de la accionante, desde 21 de noviembre de 2018 hasta el 12 de septiembre de 2019. (fl. 33)

IX. CASO CONCRETO.

En el presente asunto, se tiene que la señora Jennifer Lisday Bolaño Polo solicita se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, igualdad y a la salud, y en consecuencia se ordene a la Nueva EPS que le reconozca y pague la licencia de maternidad comprendida desde el periodo del 10 de mayo de 2019 hasta el 12 de septiembre de 2019.

En primer término, en lo que atañe a la procedencia de la acción de tutela en casos como el presente, la Corte en reiterada jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela es el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.

En el presente asunto, la Sala estima que la acción de tutela es procedente en primer lugar, porque la fecha en la que le fue realizada la cesárea fue el 17 de mayo de 2019, y la acción constitucional fue interpuesta 13 de septiembre del año en curso; es decir, menos de seis meses después del nacimiento, por lo que la exigencia temporal se encuentra cumplida.

En segundo lugar, la accionante alegó en el escrito de tutela que laboraba mediante contrato de prestación de servicios, y la negativa por parte de la accionada frente al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad ha comprometido su bienestar y el de su recién nacido, afirmaciones frente a las cuales la Nueva EPS guardó silencio, por lo que opera la presunción de afectación del mínimo vital de la accionante y neonato, pues el pago de la prestación económica por licencia de maternidad se torna indispensable para suplir los ingresos que con motivo del nacimiento dejaron de percibirse, lo que incide negativamente en el mínimo vital y la vida digna de la actora y de su hijo, en atención a que los ingresos que recibía como trabajadora independiente, cuya percepción se interrumpió, constituían su única fuente económica de sostenimiento, lo que torna a todas luces procedente la acción de tutela de la referencia.



Ahora bien, frente al amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, se tiene que, la Nueva EPS niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la señora Jennifer Bolaño Polo debido al pago extemporáneo de la seguridad social correspondiente al mes de mayo de 2019, toda vez que el mismo solo fue efectuado el 9 de julio del año en curso, lo que impide que se acceda a la solicitud de la tutelante de conformidad con los artículos 80 del Decreto 806 del 1998, y 71 y 73 del Decreto 2353 de 2015.

Tal argumento no es de recibo para la Sala puesto que como se vio en el marco normativo de la presente providencia, la Corte Constitucional ha señalado que cuando la mujer en el caso de las trabajadoras independientes, haya pagado tardíamente las cotizaciones en salud, y la EPS demandada no hubiese requerido su pago, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

Aunado a lo anterior, la misma Corte ha señalado enfáticamente que:

"la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad". Así, "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó"

Las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que la accionante realizó sus aportes durante el tiempo de gestación de su embarazo con normalidad, excepto para el mes de mayo de 2019, mes para el que realizó el pago de los aportes a salud el 9 de julio del mismo año, es decir de forma extemporánea, mora sobre la cual la accionada no realizó pronunciamiento alguno, ni requirió a la accionada y aceptó el pago realizado, por lo que se entiende que la Nueva EPS se allanó a la mora, lo que impone concluir que la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de reconocer y pagar a la accionante la licencia de maternidad reclamada.

En virtud de lo anterior, estima la Sala que la Nueva EPS ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al negarse a reconocer y pagar la

⁷ Sentencia T-049 de 2011 y T-368 de 2015.



licencia de maternidad a la que tiene derecho, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,°

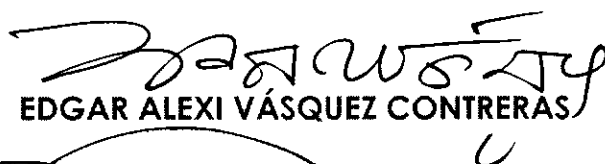
X. FALLA

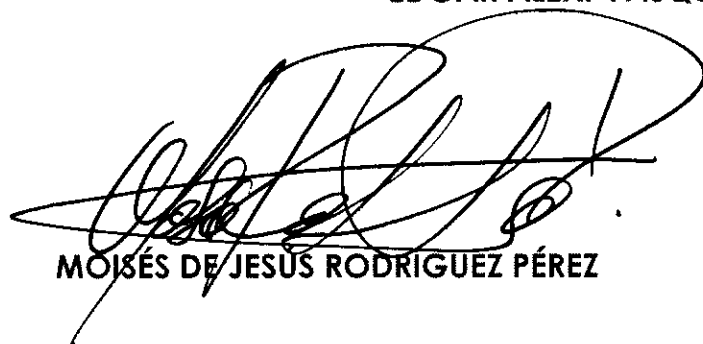
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Háganse las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE