

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

**REFERENCIA** : EXP. No. 88-001-33-33-001-2014-00085-01  
**CLASE DE PROCESO** : ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA  
**ACCIONANTE** : YORELIS CARRASQUILLA RIOS  
**ACCIONADO** : NUEVA EPS

**1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.-**

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta por la ACCIONADA, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo, dentro de la acción de tutela instaurada por YORELIS CARRASQUILLA RIOS contra NUEVA EPS.

**2. ANTECEDENTES**

La ciudadana YORELIS CARRASQUILLA RIOS, presentó Acción de Tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, por vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad, maternidad y a la protección del recién nacido, con base en los siguientes:

**2.1. Hechos.**

1. Indica la actora que, desde el mes de junio de 2013 realiza aportes en la NUEVA EPS al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, de manera constante e ininterrumpida, a través del Sindicato de Profesiones y Oficios de la salud Dar-Ser con Nit. 900.445.095, al cual se encuentra vinculada.
2. Señala que, el día 14 de febrero de 2014, recibió incapacidad por licencia de maternidad No. 0001499183, el término de la incapacidad fue de 98 días contados a partir del 14 de febrero de 2014 y finalizado el día 22 de mayo de 2014.
3. Manifiesta que, la EPS no reconoce el pago de la incapacidad referida, aduciendo que las semanas continuas de cotización son inferiores a las semanas de gestación.

4. Por último concluye que, la licencia de maternidad comprende el mínimo vital de ella y su hijo, por cuanto no tiene capacidad económica y necesita del pago de la licencia por ser un derecho que debe ser reconocido, toda vez que de manera ininterrumpida inició a cotizar en la NUEVA EPS, desde el mes de junio de 2013, es decir antes de su periodo de gestación, por lo que no existe motivos para su negación.

## **2.2. Pretensiones de la Accionante.**

Con base en lo anotado, solicita la accionante que:

“

- ✓ *Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al señor Juez TUTELAR en mi favor los derechos Constitucionales Fundamentales invocados, y ordenarle a la NUEVA EPS que se conceda y ordene la liquidación y pago de la licencia de maternidad, que comprenden mi mínimo vital y el de mi hijo, con base al promedio de mis IBC, teniendo en cuenta que cotizaba al sistema de manera ininterrumpida desde el mes de Junio de 2013 hasta la fecha, como puedo demostrarlo con los ASOPAGOS que adjunto”.*

## **2.3. Trámite de Instancia.**

La presente tutela, fue admitida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, mediante proveído de fecha 21 de marzo de 2014, se ordenó dar traslado a la entidad accionada a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncie sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción.

## **2.4. Informes del Accionado.**

La NUEVA EPS, a través de apoderado judicial, manifestó que no reconocerá la prestación económica derivada de la licencia de maternidad No. 0001499183, luego de identificar que las semanas continuas de cotización son inferiores a las semanas de gestación, lo anterior según lo dispuesto en el Decreto 047 del 19 de julio del 2000 artículo 3 numeral 2 “Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control de evasión”.

Así las cosas, solicita que se declare la improcedencia de la tutela, por cuanto no se ha vulnerado derecho alguno.

Finalmente, solicita que se declare improcedente la tutela de la referencia, sin embargo en caso de ordenarse la protección de los derechos fundamentales, solicita que se ordene el recobro al FOSYGA por la totalidad de los valores pagados.

Por otra parte, el Sindicato de Profesiones y Oficios de la Salud DAR-SER, ASOPAGOS S.A., a través de apoderada judicial, da contestación a la presente acción, señalando como ciertos los hechos de la tutela. Frente a las pretensiones considera que se deben reconocer las solicitudes por la actora, toda vez que el derecho al mínimo vital de ella y de su hijo menor de edad pueden verse vulnerados.

## **2.5. Sentencia de Primera Instancia.**

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en Sentencia de fecha siete (07) de abril de dos mil catorce (2014), resolvió: ***“PRIMERO: TUTELASE los derechos fundamentales de petición y al mínimo vital de la señora Yorelis Carrasquilla Ríos, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.631.250. En consecuencia, ordenase a la NUEVA EPS, en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y pague licencia de maternidad a la accionante, en proporción al tiempo que cotizó durante el embarazo, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: NIEGASE la solicitud de recobro al FOSYGA, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado, ENVIAR a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991”.*** por considerar que se debe ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad, dado que se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia debido a que (i) la accionante presentó dicha acción antes de cumplirse un año desde el nacimiento de su hija ya que dio a luz el 14 de febrero de 2014, y presentó la acción de tutela el 21 de marzo del mismo día; (ii) la responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación no es imputable a su empleador, ya que la accionante empezó a trabajar en junio de 2013, y desde ese momento pagó los aportes al SGSSS; (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la accionante y de su hija recién nacida puesto que la EPS no desvirtuó dicha presunción. Además de ello la accionante cotizó ocho (8) de los nueve (9) meses que duró su período de gestación, por ello teniendo en cuenta lo establecido en la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional se ordenará el pago.

## **2.6. Impugnación.**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad accionada a través de apoderado judicial, impugnó la decisión del Juez de Primera Instancia, alegando la inexistencia de violación de derechos fundamentales, lo cual sustentó de manera genérica explicando el objetivo de la acción de tutela.

## **2.7 Trámite Procesal Segunda Instancia**

El proceso llegó a esta Corporación el día veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014), se radicó, repartió y entró al Despacho el día veinticinco (25) de abril de la presente anualidad.

Se registró proyecto de fallo el diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014).

## **CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **3.1. Fundamentos Jurídicos.**

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

### **3.3. Del Problema Jurídico.**

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en este caso, consiste en determinar, ¿si la entidad promotora de salud NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad, maternidad y a la

protección del recién nacido, con ocasión al no reconocimiento de la licencia de maternidad de Yorelis Carrasquilla Ríos?

### **3.4 Caso en Concreto.**

Encuentra la Corporación, que la principal alegación de la entidad accionada, es que las semanas continuas de cotización son inferiores a las semanas de gestación de la accionante esto es 35 semanas cotizadas y 37 semanas de gestación por lo tanto no se debe reconocer la prestación económica, por cuanto no cotizó la totalidad de las semanas de gestación, así las cosas argumenta que no existe vulneración de los derechos fundamentales impetrados y en consecuencia la tutela es improcedente.

Por su parte, la accionante en su escrito de tutela manifiesta que, tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, toda vez que realizó los aportes en salud ininterrumpidamente desde el mes de junio de 2013, es decir antes de iniciar su período de gestación por lo que no existen motivos para la negación.

De las pruebas aportadas por la accionante, se observa:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Yorelis Carrasquilla Ríos (fl.5 Cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de Certificado de Incapacidad o Licencia de Maternidad expedida por la NUEVA EPS, a nombre de Yorelis Carrasquilla Ríos, el cual acredita la fecha de parto 14 de febrero de 2014 y 38 semanas de gestación. (fls. 6 Cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de aportes en salud y pensión de Yorelis Carrasquilla Ríos, de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013 y enero, febrero y marzo de 2014. (fls. 7-11 cuaderno 1ª inst.).

Teniendo en cuenta que el punto toral del presente asunto se circunscribe a determinar si la NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad, maternidad y a la protección del recién nacido de la actora por la negativa al reconocimiento de su licencia de maternidad, la Sala considera pertinente hacer las siguientes anotaciones:

La H. Corte Constitucional en Sentencia T. 216/10 expuso<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Una de las manifestaciones de este principio, es la existencia dentro del ordenamiento jurídico, de las prestaciones económicas, otorgadas a los afiliados al régimen de seguridad social. Estas prestaciones se pueden definir como subsidios en dinero otorgados en eventos específicos y, tienen como objetivo, garantizar al trabajador (dependiente o independiente) y a su familia, estabilidad económica y la posibilidad de tener una vida en condiciones dignas en caso del acaecimiento de alguno de los hechos consagrados en la legislación.

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 1468 de 2011, así: "Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) 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<sup>1</sup>.

*“La Constitución de 1991 estableció, en su artículo 2º, los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales mencionó, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”<sup>2</sup>*

*Para realizar estos propósitos, el Constituyente parte de la aplicación, entre otros, del principio de solidaridad social, consistente en la ayuda y cooperación mutua de las personas que integran la Nación. Este principio conlleva que el Estado y sus ciudadanos tengan una serie de deberes “tales como intervenir a favor de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. Así mismo, dicho principio permite la realización de los derechos sociales constitucionales de las personas y se encuentra en armonía con otras garantías como la dignidad humana y la prevalencia del interés general.”<sup>3</sup>*

*Esta Corporación ha definido a la licencia de maternidad 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 periodo 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”<sup>4,5</sup>*

De lo expuesto, se observa desde ya que se están vulnerando los derechos fundamentales invocados por la negativa al reconocimiento de la licencia de maternidad de la actora, toda vez que cotiza como empleada con un ingreso no mayor de 2 salarios mínimos, y no cuenta con más ingresos para su propia subsistencia y de su menor hijo como lo manifiesta en el escrito de tutela, aunado a ello, interpone la tutela 3 meses después del parto, lo que está dentro del límite establecido para la protección por parte del Estado, es así que la tutela es el medio más idóneo, eficaz y expedito para reclamar la prestación económica solicitada.

De igual manera, llama la atención de la Sala la negativa de la NUEVA EPS en pagar la licencia de maternidad de Yorelis Carrasquilla Ríos, si como expresamente en la contestación de la tutela manifestó que la actora cotizó ininterrumpidamente 35 semanas, durante el período de gestación faltándole tan sólo 3 semanas para completar el tiempo del pago de la mencionada licencia, así pues, el hecho de no pagar la totalidad de las semanas de gestación no es justificación para negar el pago de la prestación.

Frente al cumplimiento del tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación, la Corte ha señalado que este requisito no puede ser aplicado de manera absoluta desconociendo el caso particular de cada solicitante. Al respecto esa Corporación ha dicho que, *“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*

---

<sup>2</sup> Constitución Política de 1991, artículo 2º.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 814 del 8 de agosto de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-204 del 28 de febrero de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-998 del catorce (14) de octubre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

*fundamentales de la mujer y del recién nacido interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.”<sup>6</sup>*

Bajo la consideración anterior, la Corte, atendiendo a la racionalización de los recursos del Sistema, ha aplicado el reconocimiento del pago completo o proporcional de la licencia de maternidad, el cual, depende del número de semanas que haya cotizado la madre solicitante.

Al respecto la sentencia T-1223 de 2008<sup>7</sup>, sentó las siguientes reglas:

*“Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un periodo inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera:*

- (a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.*
- (b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del periodo de gestación.”*

En este orden de ideas, la Sala llega a la conclusión de que en el caso de marras se estructuran los elementos que dan lugar a reconocerle la licencia de maternidad a Yorelis Carrasquilla Ríos, de manera completa, pues sólo dejó de cotizar durante 3 semanas, tal como lo reseñó la EPS, razón por la cual puede inferirse que se violan los derechos al mínimo vital, seguridad social, dignidad, maternidad y a la protección del recién nacido.

Lo anterior, entonces, quiere decir que, la EPS debe sufragar los gastos de la prestación económica reclamada, en consecuencia, la Sentencia de 1ª instancia de fecha abril siete (07) de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Distrito Judicial, será modificada en el siguiente sentido:

Se modificará el numeral primero de la sentencia impugnada, y en su lugar se dispondrá: TUTELAR los derechos fundamentales al Mínimo Vital, Seguridad Social, dignidad, maternidad y la protección del recién nacido de la ciudadana YORELIS CARRASQUILLA RÍOS, otorgándole la totalidad de la licencia de maternidad reclamada, y en segundo lugar, omitir lo relativo a tutelar el derecho de petición, ya que no fue objeto de reclamación en la presente tutela.

Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo por el medio más expedito y eficaz. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, a más tardar al día siguiente de su ejecutoria.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1223 del cinco (5) de diciembre de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>7</sup> MP. Manuel José Cepeda Espinosa

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: MODIFÍCASE** el numeral primero de la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo, adiada abril siete (07) de dos mil catorce (2014), por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

**TUTÉLANSE** los derechos fundamentales de, Mínimo Vital, Seguridad Social, Dignidad, maternidad Y Protección al Recién Nacido de la ciudadana YORELIS CARRASQUILLA RÍOS, otorgándole la totalidad de la licencia de maternidad.

**SEGUNDO: OMÍTASE** el amparo de tutela al derecho fundamental de petición.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

**CUARTO:** Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo, por el medio más expedito y eficaz.

**QUINTO:** Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

**JOSE MARÍA MOW HERRERA**

**NOEMÍ CARREÑO CORPUS**

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**