



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo – Sucre

Carrera 18 N° 20–34, Tercer Piso, Edificio Guerra, Tel. N° (5) 2825355

Sincelejo, doce (12) de junio de dos mil trece (2013)

SENTENCIA T-033/13

ACCIÓN DE TUTELA

RADICACIÓN N° 70001-33-31-009-2013-00134-00

ACCIONANTE: DANIELA PÉREZ CANCHILA

ACCIONADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - NUEVA E.P.S.

Tema: Derecho a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida, a la dignidad e igualdad.

1. ASUNTO A PROVEER:

Cumplido el trámite de la acción constitucional de la referencia y estando dentro del término legal para hacerlo, procede el Despacho a dictar la correspondiente SENTENCIA:

2. ANTECEDENTES:

2.1. PRETENSIONES:

La señora, **DANIELA PÉREZ CANCHILA**, quien es mayor de edad, identificada con la C.C. No. 1.102.832.909 expedida de Sincelejo-Sucre, y obrando en nombre propio interpone acción de tutela, en contra de LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD “NUEVA E.P.S., solicitando el amparo constitucional establecido en el Art. 86 de la C.P., por vulnerar supuestamente los derechos constitucionales tales como los *derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida, a la dignidad e igualdad*, y como pretensiones solicita que se ordene al Director de ésta entidad y/o a quien corresponda, para que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, le cancelen la licencia de maternidad.

2.2. SUPUESTO FÁCTICO:

1. La actora manifiesta que se vinculó laboralmente en el mes de agosto de 2012, a la empresa Peluquería Sandra y/o Rafael Armando Polo Gómez, entidad que desde entonces ha sido encargada de cancelar sus aportes al régimen de seguridad social. Por tanto, el día 28 de agosto fue vinculada como cotizante de pendiente a la NUEVA E.P.S.
2. El día 18 de marzo de 2013, en la Clínica General de Sucre Ltda. dio a luz a su hija, el parto fue costeadado por la NUEVA E.P.S. y en la Clínica general de Sucre se le expidió el correspondiente certificado de incapacidad por 98 días.
3. El día 8 de abril de 2013, se dirigió a la NUEVA E.P.S., para solicitar el pago de la licencia de maternidad, recibiendo como respuesta, el certificado de devolución de la incapacidad No 0001147583, en donde se le negaba el pago de la incapacidad, aduciendo entre otras cosas, que no cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 63 del Decreto 806 de 1998.
4. Señala que al negarle el pago de su incapacidad por concepto de maternidad, la NUEVA E.P.S. le está vulnerando su equilibrio económico, personal, familiar y su mínimo vital, que es obligación de la entidad prestadora de salud, brindarle esa prestación económica por encontrarse incapacitada. Situación que afecta y atenta contra su vida digna, a la igualdad, vivienda digna y las condiciones mínimas de subsistencia a las que tiene derecho ella y su menor hija, pues debido a su estado de salud postparto, no ha podido trabajar, originando carencia de los recursos que afectan y ponen en riesgo la vida e integridad suya y la de su hija recién nacida.

3. ACTUACIÓN PROCESAL:

Dentro del trámite de la acción de tutela se produjeron las siguientes actuaciones:

3.1. ADMISIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue presentada por la actora el 28 de mayo de 2013 (fol. 1-3),



siendo admitida el día 28 de mayo de 2013 (fol. 26).

3.2. **NOTIFICACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

A la accionada se le notificó de la acción mediante oficio 0856 de 28 de mayo de 2013 (fol. 27), recibida por la entidad el 29 de mayo de 2013 a las 3:04 p.m. La entidad demandada contestó el día 04 de junio de 2013 (fol. 28-36).

3.3. **CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS.**

Estando dentro del término legal, la entidad demandada mediante memorial suscrito por el doctor CESAR ALBERTO FRANCO TATIS, apoderado judicial de la Nueva E.P.S., dio contestación a la demanda basando su defensa en los siguientes puntos:

- 1.) Que una vez revisada la reseña de afiliación de la usuaria DANIELA PÉREZ CANCHILA, la entidad determino no reconocer la prestación económica derivada de la licencia de maternidad No 1147583, luego de identificar que las semanas continuas de cotización al sistema son inferiores a las semanas de gestación de la actora, ya que ésta ingreso o su afiliación tuvo lugar el día 29 de agosto de 2012, y la fecha de su parto fue el 18 de marzo de 2013, siendo las semanas ininterrumpidas de cotización (24), y las semanas de gestación (38).
- 2.) Lo anterior según lo dispuesto en el decreto 047 del 19 de julio de 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, debe 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 del control de evasión para el pago de prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud."
- 3.) Sigue expresando que esta norma es concordante con el decreto 806 de abril de 1998 Art. 63: licencias de maternidad: el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un periodo igual al periodo de gestación.

- 4.) También declara que la tutela es improcedente, porque ha sido instaurada para el pago de una prestación económica, para el cual no procede, ya que existen otros mecanismos legales a través de la justicia ordinaria laboral de única instancia, la cual sería la competente para conocer del caso examinado.
- 5.) Por último solicita al Despacho que, en el caso de que se tutelen los derechos invocados por la actora, se le conceda el derecho a la NUEVA EPS, de repetir contra el fondo de solidaridad y garantía – SAYP, para que reconozca el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la NUEVA EPS.

3.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Al Ministerio Público, se le notifico de la acción, el día 28 de mayo de 2013, y éste no emite concepto alguno.

4. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

¿Vulneró, la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD "NUEVA E.P.S, los derechos fundamentales tales como la seguridad social, al mínimo vital, a la vida, a la dignidad e igualdad, al negarle el pago de la licencia de maternidad a la actora?

4.2. SUPUESTOS NORMATIVOS.

4.2.1. LA ACCIÓN DE TUTELA, consagrada en el artículo 86 de la C.P., es un mecanismo subsidiario con que cuentan los ciudadanos para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Cuando existe otro medio de defensa, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Este Despacho es competente para conocer de esta acción, al haber sido propuesta contra, LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD "NUEVA E.P.S., que es una sociedad de economía mixta, del sector descentralizado por servicios del



orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

La parte accionante presenta la demanda, como titular del derecho fundamental afectado. La legitimación pasiva la tiene, LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - NUEVA E.P.S. como entidad quien presuntamente vulnera tales derechos. La tutela es procedente pues la demandante pretende la protección de varios derechos fundamentales como la vida en conexidad con la salud y la seguridad social.

4.2.2. LA IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD COMO PROTECCIÓN A LA MADRE Y A SU NIÑO.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado Social de Derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

Así, el artículo 43 de la Constitución Política, establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, "*gozará de especial asistencia y protección del Estado*"; en el mismo sentido, el artículo 53, incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación único con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede

la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién nacido el cuidado y la atención requerida.

4.2.3. ANÁLISIS DE LA LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011 "POR LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 236, 239, 57, 58 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

Al respecto, las modificaciones introducidas al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo por la Ley 1468 de 2011, son las que a continuación se resaltan¹:

Artículo 236, modificado por la Ley 50 de 1990, art. 34	Artículos 236 y 239, modificados por la Ley 1468 de junio 30 de 2011
Descanso remunerado en la época del parto.	Descanso remunerado en la época del parto.
1) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.	1) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.
2) Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.	2) Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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:	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;	a) El estado de embarazo de la trabajadora;
b). La indicación del día probable del parto, y	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.	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.
4) Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la	4) Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la

¹ Sentencia T-115/10



madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fueren procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

5) La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley.

Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

6) En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

7) La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad Preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1º.

Parágrafo modificado por el artículo 1º de la Ley 755 de 2002.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la

para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.	compañera.
El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.	El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.
La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.	La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.
Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.	Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.
	Parágrafo 2°. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.
	Parágrafo 3°. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad.

Lo anterior demuestra que Colombia ha ampliado progresivamente, para el caso en lo atinente a la protección de la maternidad, la cobertura de la seguridad social, tal como ordena el artículo 48 constitucional, que además exige "*la participación de los particulares*".

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.

4.2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR EL PAGO DE LICENCIAS POR MATERNIDAD EN LOS EVENTOS EN QUE SE EXCLUYE LA APLICACIÓN DEL PERIODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Para determinar si el amparo a dichos derechos debe ser denegado o concedido en la acción de tutela, es necesario que se encuentren acreditados los



siguientes presupuestos²:

- (i) Que la no renovación del contrato haya tenido lugar durante la época en que está vigente el "fuero de maternidad", esto es, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;*
- (ii) Que la no renovación del contrato sea una consecuencia del embarazo; por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique (justa causa);*
- (iii) Que no medie autorización del inspector respectivo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o que no se presente resolución motivada por parte del jefe del respectivo organismo, si se trata de empleada pública; y*
- (iv) Que la no renovación del contrato amenace el mínimo vital de la actora y/o del hijo que está por nacer.*

En la misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios. Sin embargo, ha señalado que en los casos en que la falta de reconocimiento de un derecho de dicho carácter que ponga en riesgo un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio o definitivo para evitar un perjuicio irremediable.

Por ello, esa Corporación también ha reconocido que es la acción de tutela el medio de defensa idóneo para reclamar el pago de la licencia por maternidad cuando se evidencien dos aspectos relevantes: *primero*, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento, es decir, cumpliendo con el principio de inmediatez; 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 y su no pago ocasiona un grave detrimento al derecho a la vida y la dignidad humana de la madre y el bebé. Al respecto la Sentencia T-136 de 2008³ desarrolló la aplicación de la presunción en comento y reiteró lo siguiente:

*[L]a accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no **hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad.** Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos" y cuyo salario devengado no supera los dos mínimos.*

² Sentencia T-174/11

³ Sentencia T-136 de 2008

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 exclusión en la aplicación del periodo mínimo de cotización. Al respecto es pertinente recordar que esta Corporación en la Sentencia T-1223 de 2008 señaló⁴:

"En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos 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.

Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes.

En la presente sentencia se aplicará 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. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad."

En conclusión, en los casos en los que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, dicha protección deberá reconocerse con el pago total de la licencia por maternidad cuando el tiempo dejado de cotizar sea menor a 10 semanas, o con el pago proporcional a lo cotizado cuando se supera este plazo.

4.3. CASO CONCRETO

4.3.1. PRUEBAS APORTADAS POR LA ACTORA: Dentro del presente plenario se encuentran como pruebas los siguientes documentos:

- Fotocopia de la comunicación No VO-GRC-DPE-330483-13, de fecha 23 de abril de 2013, emitida por la Nueva E.P.S. (fl4).
- Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora DANIELA PÉREZ CANCHILA (5).

⁴ Sentencia T-1223 de 2008



- Fotocopia del certificado de incapacidad o licencia de maternidad, emitido por la NUEVA E.P.S (fl.6).
- Fotocopia de la Historia Clínica No 1102832929, de la señora DANIELA PÉREZ CANCHILA, emitida por la CLÍNICA LAS PEÑITAS SAS (fl.7).
- Fotocopia de la solicitud de pago de prestaciones económicas-licencia de maternidad (fl.8).
- Fotocopia del certificado de nacido vivo de la (fl.9).
- Fotocopia de registro civil de nacimiento No 53065032, de la menor González Pérez Sofía (fol. 10).
- Fotocopia del formulario único para afiliación e inscripción a la EPS, régimen contributivo para trabajadores dependientes y servidores públicos (fl.11).
- Fotocopia de planillas de pagos a la NUEVA EPS, de los aportes en salud correspondiente a los meses de agosto de 2012, hasta mayo de 2013 (fl.12-20).
- Fotocopia de los recibos de servicios públicos de gas, energía y agua (fol. 21-23).

4.3.2 PRUEBAS APORTADAS POR EL DEMANDADO:

- Planilla de pagos aportada por la NUEVA EPS (fol. 32).
- Comunicación No AUD-0089-10CD de FIDUFOSYGA (fol. 33).

4.3.3. La Señora DANIELA PÉREZ CANCHILA, interpuso la presente acción, contra la Nueva EPS, puesto que estimó vulnerados sus derechos constitucionales y fundamentales tales como, la seguridad social, mínimo vital, a la vida, a la dignidad, a la igualdad, esto como consecuencia de la negativa por parte de LA NUEVA E.P.S en reconocer el pago de la licencia de maternidad a la cual cree tener derecho, por estar afiliada a dicha entidad de seguridad social desde el mes de agosto de 2012, y a la cual ha venido cancelando sus aportes desde ese momento.

La entidad accionada, por su parte, alegó que no había lugar a reconocer la licencia de maternidad solicitada, debido a que la prestación económica derivada de la licencia de maternidad No 1147583, no reúne los requisitos para su reclamación, es decir, que las semanas continuas de cotización al sistema son inferiores a las semanas de gestación de la actora, porque el

ingreso o la afiliación tuvo lugar el día 29 de agosto de 2012, y la fecha de su parto fue el 18 de marzo de 2013, siendo las semanas ininterrumpidas de cotización (24), y las semanas de gestación (38).

Además señala la accionada, que la tutela es improcedente para la reclamación de dichas prestaciones económicas, pues la actora cuenta con otros mecanismos legales tales como la justicia ordinaria laboral de única instancia la cual sería la competente para conocer de este asunto.

Vistas las circunstancias fácticas del asunto bajo examen, y descritas anteriormente, este Despacho encuentra necesario efectuar las siguientes precisiones:

En primer lugar, la improcedencia de la acción de tutela señalada por la accionada; entrando el despacho a indicar que la licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, la Corte en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación único con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal, siendo el mismo de gran relevancia constitucional.

En segundo lugar: en este caso en concreto, se configura para la señora DANIELA PÉREZ CANCHILA, el derecho a reclamar el pago por concepto de licencia por maternidad, en razón a los siguientes hechos:

i) Porque durante el tiempo en que estuvo embarazada cotizó ininterrumpidamente durante 7 meses (fol. 12-18), lo cual le da derecho a reclamar el pago de dicha prestación tal como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T-1223 de 2008 señaló:

"En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de



cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos 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.

ii). Porque constitucionalmente se ha garantizado la protección a los menores y al no conceder el pago de la licencia por maternidad se causa grave detrimento a los derechos del menor de la accionante.

En este sentido y aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, es evidente que la actora contó con la prestación material del servicio cuando requirió la atención medica hospitalaria, así también lo expresa ella misma en el libelo de la demanda, pero que la entidad prestadora del servicio de salud le negó el pago de su licencia de maternidad, que es una de las dimensiones del derecho fundamental a la seguridad social y ésta no se vio satisfecha, correspondiéndole a la NUEVA EPS, asumir este costo de manera directa, el cual podrá posteriormente hacer el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía SAYP.

Ante lo anterior, este Despacho considera que en la actuación de la NUEVA E.P.S., se evidencia una clara violación de los derechos fundamentales que invoca la accionante, por lo cual, se amparará los derechos fundamentales constitucionales invocados por la actora DANIELA PÉREZ CANCHILA, por lo expuesto en la parte considerativa.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

F A L L A:

PRIMERO: Amparar los derechos fundamentales incoados por la señora DANIELA PÉREZ CANCHILA, contra LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: Ordenar a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD –NUEVA EPS, para que en termino de cuarenta y ocho (48), horas contadas, a partir de la notificación de esta providencia, cancele los valores correspondientes al pago de la licencia de maternidad a la señora DANIELA PÉREZ CANCHILA.

TERCERO: Por Secretaría notifíquese este fallo en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada la presente decisión, por Secretaría, remítase la presente actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término señalado en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez

SECRETARÍA Hoy _____ de _____ de 2013, notifico PERSONALMENTE la providencia anterior al señor PROCURADOR 104 JUDICIAL I Delegado ante los Juzgados Administrativos, quien enterado, firma. EL PROCURADOR
