



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO

Se contrae a determinar si la Nueva EPS y/o Eliana Giovanneti Maya, vulnera los derechos fundamentales de la accionante Brenda María González Morelos, a la vida, mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, y los derechos del menor recién nacido, al no reconocer y pagar a su favor la licencia de maternidad.

TESIS DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta la jurisprudencia y las normas traídas a colación en las consideraciones de este fallo de tutela, estima el Despacho, que es menester precisar que la licencia de maternidad es una prestación que se le otorga a una mujer que queda embarazada cuando ostenta la calidad de trabajadora dependiente o independiente y realiza las cotizaciones al sistema de seguridad en salud.

Al respecto encuentra el Despacho elementos que permiten extraer que la señora Brenda María González Morelos, para la época en que inició su embarazo se encontraba vinculada como trabajadora de la accionada Iliana Giovanneti Maya; lo cual, se extrae de los hechos expuestos en el informe de tutela, en donde se afirmó que el vínculo laboral que unió a la señora Brenda María González Morelos con la accionada Iliana Giovanneti Maya, fue terminado el día 08 de agosto de 2019, y que, ese mismo día la accionante les informó de su embarazo.

Así mismo, de cara a la jurisprudencia y a las normas traídas a colación, el Despacho advierte, que, en favor de la accionante Brenda María González Morelos, se realizaron cotizaciones por más de cuatro (4) meses del periodo de gestación; lo cual, hace que le asista el derecho a la señora Brenda María González Morelos a que se le reconozca y pague la licencia de maternidad.

Por lo que, al ser así las cosas, el Despacho considera que la omisión de la Nueva E.P.S., en reconocer y pagar a la señora Brenda María González Morelos la licencia de maternidad vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

Por lo anterior, se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Brenda María González Morelos.

Con fundamento en lo arriba expuesto, y como

NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA APLICABLE.

Estudio de procedencia formal del amparo

El artículo 86 Superior, establece que la acción de tutela tiene como propósito garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, de un particular. No obstante, esta acción solo puede ser ejercida cuando se cumplan los siguientes criterios de procedibilidad: (i)





legitimación en la causa por activa y legitimación en la causa por pasiva; (ii) inmediatez; y (iii) subsidiariedad.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, este presupuesto supone que la acción de tutela debe ser formulada por la persona titular de los derechos fundamentales que están siendo vulnerados o amenazados, o alguien que actúe en su nombre. Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, la acción de tutela debe dirigirse contra la autoridad o particular que vulnera o amenaza los derechos fundamentales y que tendría competencia para actuar de constatarse dicha violación o amenaza.

En el caso que nos ocupa, el requisito de la legitimación en la causa por activa se encuentra superado, habida cuenta de que la señora Brenda María González Morelos es la titular de los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, que presuntamente están siendo vulnerados por la negativa de Nueva EPS a reconocerle y pagarle la licencia de maternidad.

De la misma manera, está satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva en cuanto a Nueva EPS y la señora Eliana Giovanneti Maya, como se expone a continuación.

La actora está afiliada a Nueva EPS, por lo tanto, esta entidad es la encargada de prestar el servicio público de salud y podría tener el deber de pagar las prestaciones reclamadas por la actora.

De otro lado, la señora Eliana Giovanneti Maya fue vinculada al trámite de tutela por ser la empleadora, en su momento, de la actora y, quien, presuntamente, tiene el deber de solicitar el pago de la licencia de maternidad de la actora. Así, para este Despacho se encuentra acreditado la legitimación por pasiva.

Siguiendo con el estudio de procedibilidad, nos encontramos con el requisito de inmediatez, el cual implica que la acción de tutela tiene que ser formulada en un término razonable desde el hecho presuntamente vulnerador.

En esta oportunidad Nueva EPS, le informó a la actora que la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad debía tramitarla su empleador para la época, el día 23 de noviembre de 2020 y la señora Brenda María González Morelos formuló acción de tutela el 18 de febrero de 2021, transcurriendo así, un (2) meses y veinticinco (25) días entre el hecho presuntamente vulnerador y la solicitud de amparo, tiempo que resulta razonable para el Despacho.

Por último, el *principio de subsidiariedad* se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial “*porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante*”¹. Así mismo, se deben tener en cuenta las circunstancias especiales

¹ Sentencia T-282 de 2012.





afectación a este derecho, pues lleva más de 3 meses sin percibir ingreso alguno; hecho que no fue controvertido por la parte accionada ni por los vinculados en la presente tutela y que hace visible la afectación a los derechos fundamentales de esta madre y sus hijos.

En este sentido, la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y de su hija recién nacida, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia como las de sus demás hijos que aduce tener a cargo⁸, por lo que la intervención del juez constitucional es necesaria para garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Por otro lado, en cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades médicas a través de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha indicado que para su cobro existen otros mecanismos idóneos, tal como es el proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral o el trámite adelantado por la delegada para la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, ese Alto Tribunal también ha manifestado que cuando hay una grave amenaza al mínimo vital resulta procedente tramitar por esta vía dicha prestación económica.

De igual forma, ha indicado que, el pago de incapacidades no solo debe ser vista como una simple prestación económica, sino como la manera en que el trabajador logra compensar su salario ante una contingencia de salud, toda vez que, de no ser suplida, podría verse afectada su subsistencia y la de los familiares que tenga a cargo.

En cuanto al trámite surtido ante la Superintendencia Nacional de Salud, es preciso indicar que, a partir de la información recolectada por la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional, respecto del cumplimiento de la **Sentencia T-760 de 2008**, esta Corporación ha sostenido⁹ que la Superintendencia *“tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley”*¹⁰, toda vez que : (i) para dicha entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez (10) días que le otorga la ley¹¹; (ii) existe un retraso de dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y; (iii) no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital.

Por lo anterior, ha concluido que mientras persistan dichas dificultades y atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto dicho mecanismo

⁸ Folio 1 y 2, cuaderno Primera Instancia.

⁹ Sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019, T-117 de 2019, entre otras.

¹⁰ Sentencia T-114 de 2019.

¹¹ Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011.





jurisdiccional “no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante”¹².

En estos términos, la acción de tutela de la referencia superó el examen de procedibilidad y, por ende, se pasa a estudiar el fondo del asunto.

Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹³ le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

“(…) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los “principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital”¹⁴.

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una “protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores”¹⁵, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto¹⁶.

La Corte Constitucional, al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:

¹² Sentencia T-114 de 2019.

¹³ Sentencia T-503 de 2016.

¹⁴ Sentencia T-278 de 2018.

¹⁵ Sentencia T- 489 de 2018.

¹⁶ Sentencia T- 278 de 2018.





vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real 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.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

“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 cotizó²⁰.

CASO CONCRETO

En el caso particular, se advierte que, la señora Brenda María González Morelos, promovió la presente acción de tutela con la finalidad que se tutelaran sus derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, seguridad social, salud, igualdad, y los derechos del menor, y que partir de la concesión de dicho amparo, se ordene a la Nueva E.P.S., que cancele a su favor, el valor de la licencia de maternidad a que tiene derecho, por haber dado a luz a su hijo; así mismo, se ordene al empleador Iliana Giovannetti Maya, tramitar los documentos correspondientes, solicitados por la Nueva E.P.S., en caso de que esto sea requisito fundamental para que se lleve a cabo el desembolso por concepto de licencia de maternidad.

Como hechos jurídicamente relevantes se encuentran los siguientes:

La señora Brenda María González Morelos, **dio a luz el 20 de marzo de 2020.**

En razón de dicho nacimiento a la señora Brenda María González Morelos, se le expidió licencia por maternidad, por 126 días, por el periodo comprendido entre **el 20 de marzo de 2020 hasta el 23 de julio de 2020.** Por lo anterior, la accionante Brenda María González Morelos solicitó a la accionada (Nueva E.P.S.), el pago de dicha licencia de maternidad.

El día 23 de noviembre de 2020, en respuesta a dicha solicitud de pago licencia de maternidad, la Nueva E.P.S., le informó, que, para proceder con el pago de la licencia de maternidad, es necesario que su empleador con el cual presentaba relación laboral vigente para la fecha de inicio, Giovannetti Maya Iliana, remita los siguientes documentos a la dirección de correo electrónico solicitudes-creacionterceros@nuevaeps.com.co dirigidos a la Dirección de Gestión Tributaria.

- Fotocopia del documento de identidad
- Fotocopia de RUT del empleador (opcional)
- Certificación bancaria de una cuenta a nombre del empleador o cotizante independiente (debe contener firma o sello de la entidad) con vigencia no mayor a 90 días adscrita a la Red ACH.

-De no contar con cuenta bancaria deberá indicar a través de su solicitud que desea que el pago se realice para reclamar por ventanilla.

Pues bien, teniendo en cuenta la jurisprudencia y las normas traídas a colación en las consideraciones de este fallo de tutela, estima el Despacho, que es menester precisar que la licencia de maternidad es una prestación que se le otorga a una mujer que queda embarazada cuando ostenta la calidad de trabajadora dependiente o independiente y realiza las cotizaciones al sistema de seguridad en salud.

²⁰ Sentencia T-503 de 2016.





Al respecto encuentra el Despacho elementos que permiten extraer que la señora Brenda María González Morelos, para la época en que inició su embarazo se encontraba vinculada como trabajadora de la accionada Iliana Giovanneti Maya; ello, se extrae de los hechos expuestos en el informe de tutela, en donde se afirmó que el vínculo laboral que unió a la señora Brenda María González Morelos con la accionada Iliana Giovanneti Maya, fue terminado el día 08 de agosto de 2019, y que, ese mismo día la accionante les informó de su embarazo.

Así mismo, de cara a la jurisprudencia y a las normas traídas a colación, el Despacho advierte, que, en favor de la accionante Brenda María González Morelos, se realizaron cotizaciones por más de cuatro (4) meses del periodo de gestación; lo cual, hace que le asista el derecho a la señora Brenda María González Morelos a que se le reconozca y pague la licencia de maternidad.

Por lo que, al ser así las cosas, el Despacho considera que la omisión de la Nueva E.P.S., en reconocer y pagar a la señora Brenda María González Morelos la licencia de maternidad vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

Por lo anterior, se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Brenda María González Morelos, y como consecuencia de ello, se ordenará a la Nueva E.P.S. que, en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a la señora Brenda María González Morelos, la licencia de maternidad que fue ordenada por su médico tratante. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

Para que dicho reconocimiento, se cumpla materialmente, se le ordenará a la empleadora Iliana Giovanneti Maya, que, de manera inmediata, a partir de la notificación de esta providencia, adelante los tramites que sean necesarios para que se le reconozca y pague a la señora Brenda María González Morelos, la licencia de maternidad que fue ordenada por su médico tratante, tales como, solicitud de pago de licencia de maternidad a favor de la señora Brenda María González Morelos, y la remisión de los documentos necesarios para ello.

Por lo que,

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

5. FALLA

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora Brenda María González Morelos, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.





SEGUNDO: SE ORDENA a la Nueva E.P.S. que, en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a la señora Brenda María González Morelos, la licencia de maternidad que fue ordenada por su médico tratante. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SE ORDENA a la empleadora Iliana Giovanneti Maya, que, de manera inmediata, a partir de la notificación de esta providencia, adelante los tramites que sean necesarios para que se le reconozca y pague a la señora Brenda María González Morelos, la licencia de maternidad que fue ordenada por su médico tratante, tales como, solicitud de pago de licencia de maternidad a favor de la señora Brenda María González Morelos, y la remisión de los documentos necesarios para ello.

CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

aa88f41f1c1d067b0ba804c52ad7b55ff436835b0b097af9c0f96bd7c9fe781f

Documento generado en 03/03/2021 10:07:04 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

