



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

Tunja, nueve (09) de Septiembre de dos mil quince (2015)

**Referencia:** ACCION DE TUTELA  
**Radicación No.:** 150013333012 – 2015 – 00136 – 00  
**Accionante:** MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN  
**Accionados:** NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 2002, interpuesta por la señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN** contra la **NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA**.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Derechos invocados como violados.

La Señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN**, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, acude ante ésta jurisdicción con la finalidad de que se garantice su derecho fundamental a ser protegida de manera reforzada debido a su especial condición de embarazo, de conformidad con lo previsto en auto admisorio de la demanda (fl.12), y el escrito de tutela con el cual se da inicio al trámite constitucional.

#### 2. Hechos que dan lugar a la acción.

La señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN** fundamenta la presente acción en los siguientes hechos:

Señala que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS como cotizante, desde el 1º de julio de 2011; que el 27 de mayo de 2015, nació su hija Juanita Mariana Hernández Rodríguez; que por la época del nacimiento de su hija, y las cotizaciones realizadas al Sistema General de Salud, considera que tiene derecho a que se le reconozca la licencia de maternidad.

Precisa que si bien es cierto efectuó cotizaciones como empleada y como independiente, ello no conlleva a que se le desconozcan sus derechos, que en condición de madre, le reconoce la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, solicita ordenar a la NUEVA E.P.S. pagarle su licencia de maternidad a que tiene derecho, y prevenirla para que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actos que atenten contra sus derechos constitucionales.

#### 3. Objeto de la acción.

En el escrito de Tutela, la accionante no solicitó el amparo de ningún derecho fundamental; no obstante, lo anterior, este Despacho considera necesario reiterar lo expuesto en el auto admisorio referido, en el cual se dijo que *"...en el libelo inicial no se elevó ninguna pretensión de protección de derechos fundamentales; sin embargo, haciendo gala a la facultad constitucional que le asiste al Juez Constitucional de interpretar la demanda, a la tutela efectiva de derechos que le asisten a la demandante, y a la informalidad que reviste la acción de tutela, se entiende que lo que espera la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN es que le sea garantizada la protección reforzada que le asiste por motivo de su maternidad, en tanto, refiere que la autoridad competente no le ha reconocido la licencia de maternidad a la que afirma tener derecho."* (fl. 12).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A folios 17 a 20 del expediente obra un memorial suscrito por el Coordinador General de Tutelas de la Regional Centro Oriente y Nororiente de la Nueva E.P.S., en el que se pronuncia en torno a la demanda de tutela de la referencia, sin allegar el original del escrito, ni los documentos que acreditan la calidad y las facultades que le asisten; **a pesar de las falencias de autenticidad en comento, en aras de garantizar a la autoridad accionada el derecho de defensa y contradicción que le otorga el ordenamiento jurídico**, se procederá a tener en cuenta el memorial en comento, no sin antes prevenir a la accionada para que en lo sucesivo acredite los documentos de las personas que representan a la entidad y que ejercen la defensa de la misma, allegando los poderes y manual de funciones respectivas, así como los escritos originales de las contestaciones.

En el escrito se argumenta que la NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, ni ha incurrido en acción u omisión que los ponga en peligro, los amenace, o los menoscabe; que por el contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud; y que por lo anterior, la presente acción carece de fundamento.

Precisa que la acción de tutela protege exclusivamente derechos fundamentales, tal como lo dispone la Constitución Política y el Decreto 2159 de 1991; que cuando los derechos invocados no revisten dicha calidad, su protección debe reclamarse a través de una vía diferente; y que por lo tanto, en el presente asunto, se debe acudir a la Justicia Ordinaria. Además, reitera que el remedio constitucional en comento es improcedente cuando los derechos fundamentales invocados no están siendo vulnerados, y que dado la NUEVA EPS le ha prestado los servicios de salud que ha requerido el accionante mientras se encuentra activa, asumiendo una conducta ajustada a la normatividad legal vigente en lo relativo al manejo de sus afiliados.

Sostiene que la Corte Constitucional ha señalado que se debe mantener el equilibrio financiero del Sistema, y por lo tanto, cuando el juez constitucional impone cargas económicas que van más allá de las obligaciones contractuales de las EPS o ARS, se debe ordenar el recobro en su favor; por lo tanto, solicitó que en el evento en que este Juzgado decida conceder el amparo pretendido, se adopten las medidas necesarias para preservar el equilibrio financiero del sistema, disponiendo el respectivo recobro dentro del menor tiempo posible.

Asimismo, pide que se niegue por improcedente la acción de tutela de la referencia, por no encontrarse acreditadas las exigencias previstas por la H. Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

De otra parte, refiriéndose al asunto, el mismo funcionario, mediante escrito visible a folios 25 a 27, indica que la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN se encuentra afiliada como cotizante a esa EPS, desde el 8 de Julio de 2011. Hace una relación de los pagos efectuados por el actual empleador de la accionante, y del histórico de empleadores que han cotizado a factor de ella, señalando que el periodo de febrero de 2015 no fue cotizado, y por lo mismo, no ha existido continuidad en los pagos del servicio.

Finalmente, afirma que no es viable reconocer la licencia de maternidad pretendida por la demandante, ya que los días continuos de cotización son inferiores a los días de gestación, si se tiene en cuenta que la fecha del parto fue el 27 de mayo de 2015, lo cual no colma los requisitos establecidos en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, y en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 19 de julio de 2000, y según los cuales, para tener derecho a la prestaciones económicas por licencia de maternidad, se debe cotizar, como mínimo, por un periodo igual al período de la gestación.

## III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones de la actora deben realizarse las siguientes consideraciones:

### 1. Problema jurídico.

Corresponde al Despacho establecer si se ha vulnerado a la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN, por parte de la NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA los derechos constitucionales y garantías fundamentales relacionados con la protección reforzada que le asiste por motivo de su maternidad, ante la negativa de la autoridad en mención de reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que afirma tener derecho.

### 2. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En su tenor literal la referida norma establece:

*“Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.***

*La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción **solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.***

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (Negritas fuera de texto).*

La norma superior antes transcrita fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual en su artículo 2º señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela, son los consagrados en la Carta Política como fundamentales o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos. La mencionada norma preceptúa:

*“Artículo 2.- DERECHOS PROTEGIDOS POR LA TUTELA. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.”*

Así pues, debe decirse que en el presente caso la actora invoca como presuntamente vulnerada la protección reforzada que le asiste por motivo de su maternidad, por el no pago de la prestación económica que de aquella deriva, la cual ostenta linaje

fundamental, por lo que, contrario a lo sostenido por la EPS accionada al contestar la demanda de tutela (fl. 18), resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política. Tal disposición literalmente prevé:

*“Artículo 5.- PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (sic). También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”*

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala además que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. El precepto aludido establece:

*“Artículo 6.- CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.” (Subraya fuera de texto)*

El artículo 8º del tantas veces mencionado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone:

*“Artículo 8.- LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.*

*En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de este.*

***Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”*** (Negrilla fuera de texto).

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional<sup>1</sup>, debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

Así las cosas, al descender al caso concreto, este Despacho encuentra que en el asunto que aquí nos ocupa no existe otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo del derecho y/o garantía fundamental invocada por el accionante como vulnerado, por lo que resulta procedente estudiar de fondo la presente acción.

### 3. Del derecho y/o garantía que se invoca como vulnerada.

#### 3.1. Estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada como derecho fundamental. Importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

La Constitución Política de 1.991, desarrollando principios propios del Estado Social de Derecho, prevé una **protección especial** para un grupo de personas que por sus características particulares, su posición dentro de la sociedad o su estado de debilidad manifiesta, pueden ser susceptibles de abusos, como sucede en el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo y/o gravidez.

Es por ello, que el artículo 53 de la Carta Fundamental, al regular los principios que cimentan las relaciones laborales, prevé:

*"...igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.**" (Negritas fuera de texto).*

Además, el artículo 43 Superior establece:

*"ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. 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." (Negritas fuera de texto).*

Acorde a tales preceptivas, se ha dado pie a la protección especial de la mujer en estado de embarazo **y después del parto**, erigiéndola como "*un fuero de maternidad*"<sup>2</sup>, que debe ser respetado por las entidades, tanto públicas como privadas, so pena de desconocer normas constitucionales y, por tanto, de atentar contra la posición especial de la trabajadora y de los ingresos dedicados a la salvaguarda del que está por nacer o del menor recién nacido.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T – 126 de 2012, del 23 de febrero de 2.012, indicó:

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2285-01 (AC) Actor: COOMEVA E.P.S. S.A. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

<sup>2</sup> Sentencia T-095 de 2008 MP. Humberto Sierra Porto.

“(…) Es pertinente anotar, que **la protección de los derechos fundamentales a la maternidad y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, no surge tan solo de la interpretación conjunta de los derechos constitucionales a la igualdad<sup>3</sup> y a la asistencia especial de la que goza la mujer durante el embarazo y después del parto<sup>4</sup>** y del principio de la protección especial a la mujer y a la maternidad<sup>5</sup>, sino también en virtud de las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales que hacen parte de la normativa interna, en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política, por vía del denominado bloque de constitucionalidad.

Así pues, la sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008, refiere que:

“Así mismo, distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos a la luz de los cuales ha de fijarse el sentido y alcance de los derechos constitucionales fundamentales – como lo ordena el artículo 93 superior<sup>6</sup> – **reconocen la condición especial de la maternidad y le otorgan un amplio margen de protección a las mujeres en estado de gravidez del mismo modo que a la población recién nacida.** Ese es el caso, por ejemplo, de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>7</sup>. Una de las consecuencias de esta protección con fundamento en los tratados internacionales ha sido que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige con regularidad a los Estados miembros aportar información acerca de grupos de mujeres que no disfruten de esta protección.

Adicionalmente, la protección a la maternidad ha sido fijada en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘ Protocolo de San Salvador<sup>8</sup>.’ Con fundamento en dicho Protocolo, **la licencia otorgada a la mujer antes y luego del parto se entiende como una de las prestaciones incluida en el derecho constitucional fundamental a la seguridad social<sup>9</sup>.** Así las cosas, la protección prevista en el artículo 43 constitucional y la normatividad vigente se ven complementadas y reforzadas por la disposición contenida en el mencionado Protocolo extendiendo la protección derivada de la licencia de maternidad tanto al tiempo antes del parto como al lapso que transcurre con posterioridad al mismo.

**En este lugar vale la pena resaltar cómo la protección ofrecida a la mujer en estado de embarazo antes y después del parto se encamina también a proteger los derechos de la niñez.** En la Convención Internacional sobre los Derechos del [de la] Niño (a) se ordena a los Estados Partes adoptar medidas adecuadas para garantizar la atención sanitaria prenatal y posnatal en beneficio de las madres gestantes.” (Negritillas fuera de texto)

Entonces, nótese que la protección constitucional que le asiste a la mujer en estado de embarazo va más allá de la época de gestación y de alumbramiento, con el máximo fin de cobijar no solo los derechos de la madre, sino el interés superior del que está por nacer. Por eso, la Corte Constitucional ha efectuado un amplio análisis sobre el sentido y el alcance de la licencia de maternidad, destacando lo siguiente<sup>10</sup>:

“...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 afines 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<sup>11</sup>.

**Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad<sup>12</sup>.**

<sup>3</sup> Artículo 13 C.P.

<sup>4</sup> Artículo 43 C.P.

<sup>5</sup> Artículo 53 C.P.

<sup>6</sup> El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

<sup>7</sup> Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.”

<sup>8</sup> Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.”

<sup>9</sup> Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.”

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-646 de 23 de agosto de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>11</sup> Cfr. T-848 de septiembre 2 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>12</sup> Cfr. T-1084 de diciembre 5 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas más.

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<sup>13</sup>, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible 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 llegado el cuidado y la atención requerida<sup>14</sup>.**" (Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, en Sentencia T-517 de 2013, la Alta Corte precisó<sup>15</sup>:

**"...La licencia de maternidad tiene como fin principal la protección integral de la mujer trabajadora en estado de embarazo - antes y después del parto -, al igual que garantizar la protección del niño los primeros meses de vida.**

Esta protección a la mujer gestante se inició en junio de 1921, con la vigencia del Convenio No. 3 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo<sup>16</sup>. De igual forma, este amparo de la mujer trabajadora en estado de gravidez ha tenido un papel importante en los Convenios Internacionales<sup>17</sup>, donde no sólo establecen una cláusula general de protección de la mujer gestante durante el embarazo y después del parto, sino también, fijan obligaciones concretas<sup>18</sup> y establecen la obligatoriedad de los Estados, para que impulsen las políticas tendientes para asegurar que las mujeres puedan acceder efectivamente a la protección<sup>19</sup>.

**(...) Para concluir puede decirse a manera de síntesis, que la garantía de la licencia de maternidad tiene una doble finalidad, por una parte, la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto - protección que se extiende, en lo pertinente, a los hombres trabajadores sin cónyuge o compañera permanente -; y por otra, la de asegurar la protección de la niñez.**" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, es necesario indicar que la H. Corte Constitucional ha zanjado un criterio importante en cuanto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud, el cual ha sido fundado en la ya mencionada

<sup>13</sup> Cfr. T- 1161 de noviembre 21 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T- 1168 de noviembre 17 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-136 de febrero 13 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-988 de diciembre 2 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-126 de febrero 23 de 2012, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-184 de marzo 8 de 2012, M. P. María Victoria Calle, entre muchas más.

<sup>14</sup> Cfr. T-1030 de diciembre 3 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-517 de 1º de agosto de 2013.

<sup>16</sup> Legislación sometida a revisión en 1952. Cfr. Consejo de Estado. –Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-, Santa fe de Bogotá, D. C., septiembre 27 de 1994.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, las Recomendaciones número 12 y 95 de la OIT resaltan la necesidad de proteger a las mujeres empleadas en la agricultura que se encuentran en estado de gravidez –antes y después del parto–. Entre los documentos internacionales que protegen la maternidad se encuentran, además, los Convenios 3º y 183 de la Organización Internacional del Trabajo; el artículo 10º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador" y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como lo recuerda la Vista Fiscal, los mencionados documentos, a la vez que prevén una cláusula genérica en relación con la referida protección, establecen obligaciones de tipo concreto sobre: "(i) el derecho a gozar de un descanso de por o menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de vida tanto a la madre como al niño, erogación que deberá financiarse mediante seguro social obligatorio con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las normas internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior a en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso". Puestas de esta manera las cosas, las normas internacionales se encaminan a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niños y de las niñas.

<sup>18</sup> En relación con: "(i) el derecho a gozar de un descanso de por lo menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado de vida tanto a la madre como al niño o a la niña; erogación que deberá financiarse mediante un seguro social obligatorio, con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las normas internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso". Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

<sup>19</sup> En tal sentido, "el Estado debe garantizar que la mayoría de las mujeres puedan cumplir con los requisitos exigidos para percibir la prestación económica durante la licencia de maternidad y en aquellos casos en los que no los cumplan, deberá proveer recursos adecuados con cargo a los fondos de asistencia social; (iii) la obligación estatal de proporcionar asistencia médica a la madre, antes, durante y después del parto; (iv) el derecho a gozar de un descanso remunerado para lactancia; (v) la prohibición de despido durante el embarazo y con posterioridad al alumbramiento y (vi) la protección especial en los casos de trabajadoras que desempeñen labores que puedan resultar perjudiciales durante el embarazo". Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2009.

protección constitucional de las mujeres en estado de gravidez y los niños que acaben de nacer. Así lo ha precisado la Alta Corporación<sup>20</sup>:

*“...Respecto al periodo mínimo de cotización al sistema de salud con el fin de reconocer y pagar la licencia de maternidad, el artículo 3 numeral 2 del Decreto reglamentario 47 de 2000<sup>21</sup>, señala:*

*“ART. 3º- Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:*

*(...)*

*2. Licencias por maternidad. 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 período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...).”*

*Del precepto se infiere que uno de los parámetros que se debe tener en cuenta a la hora del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud, es que la afiliada haya cotizado durante todo el tiempo de la gestación. **Postura ésta, que fue utilizada por este Tribunal, teniendo como consecuencia, la negación del amparo constitucional en razón a que la madre no había cotizado durante el periodo del embarazo***<sup>22</sup>.

*Luego, esta Corporación con base en la especial protección constitucional de las mujeres en estado de gravidez y los niños (as) que acaban de nacer, modificó tal posición en razón a que la condición prevista en dicho precepto “haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”<sup>23</sup>. Por lo anterior, la Corte ha inaplicado la citada disposición legal y ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pese de que la persona no haya cotizando a la E.P.S. en el transcurso del periodo de gestación*<sup>24</sup>.

*Por ello, se han adoptado diferentes posiciones en relación al tiempo de cotización necesaria para poder acceder a dicha prestación y la proporción que se debe pagar<sup>25</sup>. En sentencia T-206 de 2007 esta Corporación señaló que “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”<sup>26</sup>.*

*Finalmente, la providencia T-475 de 2009 recogió las reglas acerca de la procedibilidad del amparo de tutela para el pago de la licencia en el evento en que la madre no efectuó las respectivas cotizaciones dentro del periodo de gestación y el pago completo o proporcional a la referida prestación:*

*(i) En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”<sup>27</sup>.*

*(ii) El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “**si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó**”<sup>28</sup>.*

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 554 de 17 de julio de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>21</sup> “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”.

<sup>22</sup> Sentencias T-475 y T-127 de 2009.

<sup>23</sup> Sentencia T-475 de 2009 y T-204 de 2008.

<sup>24</sup> Sentencia T-475 de 2009.

<sup>25</sup> Sentencia T-475 de 2009 y T-127 de 2009.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Sentencia T-1223 de 2008.

<sup>28</sup> Ídem.

(iii) Con base en el principio pro homine se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas”<sup>29</sup>.

En ese entendido, la Corte Constitucional ha maximizado la protección que le asiste a la mujer en estado de gravidez, y al que está por nacer, pues nótese que aun cuando el Decreto 47 de 2000 “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”, ha contemplado que para que haya lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora debe haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, el Alto Tribunal Constitucional ha inaplicado este precepto para ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en aquellos casos en los que si bien es cierto la madre no ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo su periodo de gestación, la interrupción es menor de dos meses. Además, si la falta de pago de aportes superó los dos meses, se ha ordenado el pago proporcional al periodo cotizado.

### 3.2. Del Derecho al mínimo vital.

La Corte Constitucional definió el derecho al mínimo vital, como un derecho que se desprende de los principios, propios del Estado Social de Derecho, de dignidad humana y de solidaridad (artículo 1º superior) y de otros derechos fundamentales como la vida, la integridad personal (artículo 11 superior) y “la igualdad [artículo 13 superior] en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta”<sup>30</sup>.

Respecto al contenido del derecho al mínimo vital, en la sentencia T-011 de 1998, la Corte afirmó que el derecho al mínimo vital se refiere a:

*“los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”<sup>31</sup>.*

Quiere decir lo anterior que el derecho al mínimo vital, cuya configuración jurisprudencial se desprende de los principios de dignidad humana y de solidaridad y de los derechos a la vida, a la igualdad y a la integridad personal, se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma. Entre esas condiciones materiales mínimas de existencia, se encuentran la vivienda, la alimentación, **la salud**, el vestido, la educación y la recreación<sup>32</sup>.

En este sentido, una de las características propia del derecho al mínimo vital, consiste en que, su concreción, como conjunto de posiciones jurídicas de derecho a algo (bienes y servicios) o a prestaciones, depende de las calidades o condiciones específicas del titular del derecho que lo invoca.

### 4. Del caso concreto.

Habiendo sido determinado y explicado el contenido de los derechos que pueden verse afectados en el caso planteado por la accionante, el alcance que la jurisprudencia de la Corte Constitucional les ha dado, así como los eventos en los cuales los mismos, efectivamente se ven transgredidos, el Despacho procederá a determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los presupuestos señalados por la H. Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad, que son: i) que la solicitud de protección se presente dentro del año siguiente, contado a partir del nacimiento del niño o de la niña, y ii) que a través de la tutela se busque la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital<sup>33</sup>. En caso afirmativo, analizará si le asiste o no razón a la accionante en sus planteamientos,

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Sentencia C-543 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>31</sup> M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>32</sup> Sentencia T-885 de 2009. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1062 de 2012.

En ese orden, en cuanto se refiere a los requisitos de procedencia de la acción de tutela, vale precisar que la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a través del remedio constitucional de la referencia se llevó a cabo dentro del término señalado por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Constitucional, el cual como se indicó de manera precedente debe ser inferior a un año. Lo anterior, por cuanto la fecha del parto fue el 27 de mayo de la calenda en curso (fl. 8), y la presentación de la acción de tutela se dio el 26 de agosto de 2015 (fl. 10).

Así mismo, se advierte que la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN se encuentra afiliada a la NUEVA EPS – SECCIONAL TUNJA con un Ingreso Base de cotización de \$715.000, es decir, sus ingresos corresponden a un poco más de un salario mínimo mensual legal vigente (fl. 26).

Entonces, de lo expuesto puede inferirse que en este caso se encuentran dados los presupuestos que hacen procedente la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, si se tiene en cuenta que fue oportuna. Además, puede decirse que la accionante, al no contar con el pago de un salario, ni tampoco con el reconocimiento de la licencia de maternidad ve afectada su subsistencia y la de su hija Juanita Mariana, lo cual, como sostiene la H. Corte Constitucional<sup>34</sup> “...debe ser presumido por el juez de tutela, correspondiéndole a la entidad demandada desvirtuar tal presunción de afectación del derecho al mínimo vital, recayendo sobre ésta la carga de la prueba...”, presunción que no fue desvirtuada por la NUEVA E.P.S.

En consecuencia, por ser procedente la acción de tutela para el efecto pretendido por la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN, este Despacho debe analizar si en efecto, asiste razón a la demandante en sus planteamientos, y por ende, debe ordenarse a la NUEVA E.P.S. reconocer y pagar la licencia de maternidad a que hubiere lugar.

Al respecto, debe decirse que dentro del plenario se encuentra acreditado que la demandante se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. SECCIONAL TUNJA, como cotizante, desde el 08 de julio de 2011, y actualmente se encuentra en estado “ACTIVO”, tal como lo indica la certificación allegada por la E.P.S. referida, visible a folio 26 del expediente.

Así mismo, se advierte que encontrándose afiliada como cotizante, el 27 de mayo de 2015 dio a luz a la niña JUANITA MARIANA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el Hospital San Rafael de Tunja, lo cual se infiere de la copia del registro civil de nacimiento de la menor obrante a folio 8 del plenario. En consecuencia, y atendiendo que el periodo de gestación, por lo general es de 9 meses, puede inferirse fácilmente que la demandante estuvo en embarazo desde el 27 de agosto de 2014, aproximadamente, hasta el 27 de mayo de 2015, que se reitera, fue el día que dio a luz a su hija Juanita.

Ahora bien, de conformidad con la relación de pagos efectuados por la señora RODRÍGUEZ BARÓN por concepto de aportes a salud a la NUEVA EPS, y del reporte histórico de empleadores de la actora, allegados por la autoridad accionada (fls. 26 a 29), este Despacho puede destacar lo siguiente:

- Actualmente la Señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN se encuentra empleada en el Colegio Moderno La Florida, como profesora asistente, y percibe un salario de \$715.000 (fl. 26).
- El empleador de la accionante a efectuado algunos pagos a su favor así:

PERIODO	PLANILLA	F. PAGO	I.B.C.	APORTE	DIAS
NOV-2014	868694211641	10/11/2014	668.000	26.700	30
DEC-2014	868693869303	10/12/2014	668.000	26.700	30
DEC-2014	8208207649673	12/12/2014	616.000	77.000	30
JAN-2015	8208207650809	06/01/2015	616.000	77.000	30
MAR-2015	868688233311	11/03/2015	715.000	28.600	30
APR-2015	868687494400	09/04/2015	715.000	28.600	30
MAY-2015	86868754165	06/05/2015	715.000	28.600	30
JUN-2015	868685464209	09/06/2015	715.000	28.600	30
JUL-2015	868684703159	09/07/2015	715.000	28.600	30
AUG-2015	868682844830	11/08/2015	715.000	28.600	30

<sup>34</sup> Ibidem.

- Ahora bien, el reporte histórico de empleadores de la accionante es el siguiente:

RAZON SOCIAL	TIPO TRABAJADOR	SALARIO	F. INGRESO	R. RETIRO	ESTADO	GRABACION
RODRIGUEZ BARON MAGDA Y	INDEPENDIENTE	\$535.600	08/07/2011	30/10/2012	RETIRADO	12/07/2011
DIRECCION EJECUTIVA SECC.	DEPENDIENTE	\$1.134.575	29/10/2012	01/11/2012	RETIRADO	06/12/2012
DIRECCION EJECUTIVA SECC.	DEPENDIENTE	\$1.058.925	02/11/2012	19/12/2012	RETIRADO	14/12/2012
DIRECCION EJECUTIVA SECC.	DEPENDIENTE	\$1.059.000	28/10/2012	28/11/2012	RETIRADO	06/12/2012
RODRIGUEZ BARON MAGDA Y	INDEPENDIENTE	\$589.500	01/02/2013	31/08/2013	RETIRADO	14/02/2013
MARIA STELLA BUITRAGO	DEPENDIENTE	\$589.500	09/08/2013	30/11/2013	RETIRADO	16/08/2013
COLEGIO MORERNO LA FLORIDA	DEPENDIENTE	\$668.000	01/02/2014	30/11/2014	RETIRADO	17/02/2014
<b>RODRIGUEZ BARÓN MAGDA Y</b>	<b>INDEPENDIENTE</b>	<b>\$616.000</b>	<b>01/12/2014</b>	<b>10/01/2015</b>	<b>RETIRADO</b>	<b>17/12/2014</b>
<b>COLEGIO MODERNO LA FLORIDA</b>	<b>DEPENDIENTE</b>	<b>\$715.000</b>	<b>01/02/2015</b>	<b>00/00/000</b>	<b>ACTIVO</b>	<b>11/02/2015</b>

- De la certificación obrante a folios 28 y 29 del expediente, se infiere que los aportes de la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN, a la NUEVA E.P.S. en razón del servicio de salud, ha sido continuo, excepto por dos períodos específicos que son: enero y febrero del año 2014, así como el mes de febrero de 2015, respecto de los cuales no se relaciona planilla de pago.

Así las cosas, en principio esta Sede Judicial podría aceptar que, en efecto, como sostiene la autoridad accionada (fl. 26), la demandante no efectuó pago alguno por concepto del servicio de salud como cotizante, en el periodo de febrero del año en curso, el cual se encuentra comprendido dentro de su periodo de gestación, que como se dijo previamente, fue del 27 de agosto de 2014, aproximadamente, al 27 de mayo de 2015, y por lo tanto, se encontraría acreditado que la cotización no fue continua como lo exige el Decreto 047 de 2000, para que haya lugar al pago de la licencia de maternidad.

Pese a lo anterior, para que no haya lugar a dudas, debe destacarse que la señora MAGDA YESENIA efectuó el respectivo pago del periodo de enero de 2015, tal como lo certificó la NUEVA EPS (fl. 26), el cual se encuentra reflejado en la planilla No. 8208207650809 de 06 de enero de 2015. Ahora, frente al periodo de febrero de la misma calenda, debe señalarse que, si bien es cierto la NUEVA EPS arguye que la accionante no realizó el pago respectivo, en la misma certificación aportada por la entidad se evidencia que el aporte del mes de enero lo efectuó la misma demandante como independiente, contrario a lo que se observa en relación con el mes de febrero, el cual fue como **dependiente, por lo tanto, se concluye fácilmente que el aporte debió ser realizado por el empleador (COLEGIO MODERNO LA FLORIDA) el mes siguiente al inicio de labores de la accionante, esto es, en el mes de marzo de 2015, como en efecto se encuentra probado (fl. 26), máxime cuando la misma EPS señala que la accionante se encuentra activa desde el 11 de febrero de 2015, por ingresar a laborar en la mentada institución estudiantil el 1° de febrero de año en comento.**

En consecuencia, encuentra este Juzgado que en el presente asunto la actora siempre ha sido cobijada por el Sistema de Seguridad Social en Salud, por la Nueva EPS, y que nunca se

ha inactivado el servicio mencionado como lo sostiene la demandada, pues si bien la accionante cotizó como independiente el mes de enero de 2015, por inicio de labores en el Colegio Moderno La Florida, a partir del 1º de febrero del mismo año empezó a cotizar como dependiente, y por lo tanto, no se puede afirmar que existe solución de continuidad en los aportes efectuados por la misma.

Pese a lo expuesto, y en gracia de discusión, es preciso señalar que tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en los apartes jurisprudenciales referidos líneas atrás, la licencia de maternidad debe ser reconocida y pagada por la entidad promotora de salud respectiva, de conformidad con los aportes realizados por la madre que tiene el derecho, pues se hará *“...El pago total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que **“si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó...”**”*<sup>35</sup>

Por lo tanto, no es de recibo el argumento expuesto por la NUEVA EPS según el cual *“...no es viable el reconocimiento económico derivado de la incapacidad por maternidad de la señora MAGDA YESENIA, luego de identificar que los días continuos de cotización son inferiores a los días de gestación, debido a que la fecha del parto fue el 27 de mayo de 2015, por consiguiente no cumple con lo normado en el **Decreto 047 del 19 de Julio de 2000, Artículo 3, Numeral 2...**”* (fl. 27) (Negrillas del texto original), dado que, en primer lugar, durante el periodo de gestación al que se alude en el libelo inicial (27 de agosto de 2014 – aproximadamente – 27 de mayo de 2015), no hubo interrupción alguna en las cotizaciones por concepto de salud por parte de la demandante a la NUEVA EPS, y en segundo lugar, porque en gracia de discusión, aceptando el argumento de la autoridad accionada, la interrupción en las cotizaciones dentro del periodo de gestación por un mes (FEBRERO DE 2015), no justifica constitucionalmente la negativa del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, quien en casos como el planteado por la NUEVA EPS, ha advertido que el pago debe ser del 100% de la prestación, cuando la persona haya cotizado 7 meses o más durante el período de gestación<sup>36</sup>.

Para ahondar en argumentos, vale invocar el razonamiento efectuado por la H. Corporación referida, en la Sentencia T-1062 de 6 de diciembre de 2012, según el cual:

*“...1. La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que **constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,***<sup>37</sup> *conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto.*

*2. El Estado debe propender hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios esenciales de la fórmula política acogida en el artículo 1 Superior. **La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano.***

*3. La regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. **Así conforme a la jurisprudencia constitucional “[n]o existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia”***<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-554 de 2012.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Cfr.* Artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981), artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (Ley 319 de 1996), literal b) del numeral 2 del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981). Convenios 3 de 1919 y 103 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

<sup>38</sup> T-136 de 2008

4. Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño.

**5. En los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.”<sup>39</sup> Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.**

6. El derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. **En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”<sup>40</sup>**

**7. Cuando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto.** En efecto, el juez de tutela tiene un deber oficioso que no puede limitarse a la valoración aislada del acervo probatorio que se aporte, sino que debe además analizar la situación particular de la accionante.

8. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.

9. La negligencia de las entidades promotoras de salud en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en los contratos bilaterales se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido. De allí que los pagos extemporáneos recibidos, sin objeción, por la EPS configure un allanamiento a la mora.

**10. En aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema...”** (Negrillas del Despacho).

Por lo tanto, este Estrado Judicial dirá que, tal como lo mencionó la actora, a ella le asiste el derecho a que la NUEVA E.P.S. le reconozca y pague la licencia de maternidad con ocasión al nacimiento de su hija Juanita Mariana Hernández que sucedió el 27 de mayo de 2015 (fl. 8), toda vez que no ha existido solución de continuidad en el pago de los aportes a salud como lo afirma la EPS en comentario; ahora bien, en gracia de discusión, y ante las evidentes inconsistencias que se advierten en el certificado de pago de aportes allegado al plenario por la autoridad accionada, se encuentra que, de conformidad con el criterio expuesto por la H. Corte Constitucional, aun cuando existan periodos sin cotizar dentro del periodo de gestación de una trabajadora, la EPS debe reconocer y pagar la licencia respectiva, de forma proporcional si la interrupción en el pago fue superior a 2 meses, o el 100% de la misma, si solo se dejó de cancelar menos de dos meses.

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

En ese orden de ideas, se evidencia un injustificado desconocimiento por parte de la NUEVA E.P.S., de la especial protección constitucional a la mujer en estado de embarazo, la cual, como quedo expuesto, se extiende a la época posterior al parto, en procura de garantizar el interés superior del menor recién nacido, protección que de contera implica la salvaguarda del derecho fundamental al mínimo vital y móvil de la madre, y del derecho a la vida en condiciones dignas del bebe recién nacido. Lo anterior, teniendo en cuenta que ha debido reconocer la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN, en tanto nunca ha existido solución de continuidad en el pago de aportes que dan lugar a dicha prestación; además, a riesgo de ser redundante, insiste el Despacho en que la falta de pago de aportes a salud del mes de febrero de 2015, no justifica la negación del mentado derecho, pues la interrupción aludida por la NUEVA E.P.S. fue de 1 (un) mes, y por lo tanto, en los términos expuestos por la Corte Constitucional el pago de la licencia debe ser del 100%.

## 5. Conclusión.

Por todo lo antes expuesto, este Despacho tutelaré el derecho constitucional fundamental a la protección a la maternidad y al mínimo vital y móvil de la señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN**, el cual está siendo vulnerado por la NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA, al no reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho con ocasión al nacimiento de su hija Juanita Mariana Hernández que sucedió el 27 de mayo de 2015, pues no ha existido solución de continuidad en el pago de aportes a salud que la madre efectuó a la EPS mencionada, y en gracia de discusión, la falta de pago de un solo mes de aportes no justifica la renuencia en el reconocimiento al que hay lugar, como lo ha reiterado la Corte Constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda, si aún no lo ha hecho, a reconocer y pagar a la señora MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN el 100% de la licencia de maternidad a que tiene derecho con ocasión del nacimiento de la menor Juanita Mariana Hernández que sucedió el 27 de mayo de 2015.

Contra la presente providencia proceden los recursos de ley.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE:

**PRIMERO.- AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES a la PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD y al MÍNIMO VITAL Y MÓVIL** de la señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN**, vulnerados por la NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al Director Regional de la NUEVA E.P.S. – SECCIONAL TUNJA, o a quien haga sus veces, que **en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia**, se dé cumplimiento a la presente orden de Tutela y si aún no lo ha hecho, adelante las gestiones pertinentes para reconocer y pagar a señora **MAGDA YESENIA RODRÍGUEZ BARÓN**, el 100% de la licencia de maternidad a que tiene derecho con ocasión del nacimiento de la menor Juanita Mariana Hernández que sucedió el 27 de mayo de 2015.

**TERCERO.- INFORMAR** a las partes que ésta decisión puede Impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

**CUARTO.-** Para los efectos de notificación de las demás partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a través de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja.

**QUINTO.-** De no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Referencia:  
Radicación No.:  
Accionante:  
Accionados:

ACCION DE TUTELA  
150013333012 - 2015 - 00136 - 00  
MAGDA YESENIA RODRIGUEZ BARÓN  
NUEVA E.P.S. - SECCIONAL TUNJA

15

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Original Firmado por

**DIANA MARCELA GARCÍA PACHECO**  
**JUEZ**