

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MILEYDY BARBOSA BONILLA
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 73001-31-10-003-2023-00337-00



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA

Ibagué Tolima, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela promovida por la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, actuando en nombre propio y de su hijo LYAM ANDRÉS VALENCIA BARBOSA, contra LA NUEVA EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, consagrados en la Constitución Política de Colombia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS

Manifiesta la accionante que es cotizante del sistema de seguridad social en calidad de dependiente, bajo contrato laboral con supermercados JHIRET; quedó embarazada estando afiliada a la NUEVA EPS; el parto ocurrió el 15 de abril de 2023, según obra en la Historia Clínica que se anexa a la presente tutela, por lo cual procedió a reclamar la Licencia de Maternidad conforme al artículo 1º, numeral 5º de la Ley 1468 de 2011, que modificó en su integridad el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, radicando los documentos requeridos por parte de la EPS, ante su empleadora.

Señala, que su Licencia de Maternidad corresponde a 126 días según Ley 1822 de 2017; sin embargo, le informaron que por una inconsistencia en los aportes realizados no le pagarían la licencia, sin fundamento alguno, ya que como se puede evidenciar dentro de los anexos del presente escrito, realizó pagos en los meses anteriores y posteriores a la licencia; adicionalmente, el hecho de haber presentado retraso en la fecha del hacer el aporte, no es causal para negar el pago completo de la licencia, ya que por cada retraso en el pago se cobran intereses.

Refiere la señora MILEYDY que, a la fecha, la EPS adeuda la licencia de maternidad y se niega a dar una respuesta formal al retraso, lo cual afecta su salud, vida, mínimo vital al igual que a su hijo.

2.2. PRETENSIONES

Solicita la accionante, que se tutelen sus derechos fundamentales y los de su menor hijo y que se ordene a la NUEVA EPS, proceder al pago total de la licencia de maternidad a su empleadora conforme a la normatividad vigente.

3. TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de septiembre de 2023, se admitió la acción de tutela y se vinculó como accionado al gerente y/o propietario de SUPERMERCADOS

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MILEYDY BARBOSA BONILLA
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 73001-31-10-003-2023-00337-00



JHIRET, ordenando la notificación de los accionados, acto procesal que se cumplió a través del correo electrónico correspondiente. Así mismo, se requirió a la accionante para que prestara el juramento de que trata el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

El 28 de septiembre del año en curso, la señora MILEYDI BARBOSA BONILLA, allegó memorial afirmando, bajo la gravedad del juramento, que no había presentado otra tutela por los mismos hechos y derechos.

3.1. PRONUNCIAMIENTO DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

La propietaria de **SUPERMERCADOS JIRETH**, informó que la señorita MILEYDY BARBOSA BONILLA se desempeñó en el cargo de cajera, mediante contrato verbal modalidad de pago diario, desde el 3 de marzo hasta el 1 de agosto de 2022, fecha en la cual informó de manera verbal, que no podía seguir laborando ya que debía viajar a la finca de sus padres.

Indicó que el 3 de noviembre de 2022, la señorita Barbosa acudió a las puertas del supermercado solicitando una oportunidad laboral ya que necesitaba el empleo y, posteriormente, manifestó que estaba en estado de embarazo. El 15 de abril de 2023, la ex trabajadora da a luz a su menor hijo por lo cual se otorgó licencia de maternidad por el tiempo de 126 días. Se procedió a solicitar a la empresa a quien le hace el pago de la seguridad social que realizara la liquidación y pago de la licencia de maternidad, no obstante, a la fecha, la NUEVA EPS no ha realizado el pago del dinero que le corresponde a la señorita MILEYDY BONILLA.

Por lo anterior, la propietaria del supermercado, solicitó que: i) se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que es deber de la EPS realizar el pago de la licencia de maternidad; ii) se consignara el dinero a la cuenta de la accionante ya que actualmente se encuentra desvinculada desde el mes pasado y iii) que se pague totalmente la licencia de maternidad, cuyo ingreso base de cotización versa sobre \$1.000.000 de pesos.

LA NUEVA EPS, a pesar de haber sido notificada a través de la Secretaría General y Jurídica: secretaria.general@nuevaeps.com.co, que se indica en la página de la entidad para efectos únicamente de notificaciones judiciales, no se pronunció sobre los hechos y pretensiones invocados en la presente acción constitucional.

4. MATERIAL PROBATORIO

Se aporta como tal:

- Copia de la historia clínica donde consta la fecha de parto a término.
- Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante.



- Certificado y planillas de pago a la EPS.
- Certificado bancario de la accionante.
-

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. COMPETENCIA

El Despacho asumió la competencia atendiendo la naturaleza jurídica de la NUEVA EPS y que el derecho fundamental de la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, se reclama vulnerado en la ciudad de Ibagué, conforme lo indicado en el Art. 1 del Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales de la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, al no cancelar de manera proporcional la licencia de maternidad concedida el 16 de abril de 2023.

5.3. TESIS DEL DESPACHO

El Despacho sostendrá que la NUEVA EPS vulnera los derechos de la accionante, toda vez que no ha cancelado de manera proporcional a los periodos cotizados, la licencia de maternidad concedida el 16 de abril de esta anualidad. En consecuencia, debe concederse el amparo invocado.

5.4. MARCO LEGAL- PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Establece el artículo 86 de la Constitución Nacional en su primer inciso: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en 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...”.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia Sentencia T-503 DE 2016, Magistrado ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO:

“6.1. “En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios¹. Sin embargo, en el evento

¹ Sentencias T-368 y T-475 de 2009.



en que la falta de tal reconocimiento vulnera un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable².

De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento³; y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo⁴.

6.2. Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁵.

(...)

6.5. Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no 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, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela⁶, más aún cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.”

“7. Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia, (Sentencia T. 503-2016)

7.1. Los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, 1804 de 1999 y 47 de 2000, así como la jurisprudencia constitucional, han determinado los requisitos legales en relación con la obligación que tienen las EPS de pagar la licencia de maternidad, a las afiliadas que hayan dado a luz a su hijo:

² Sentencia T-368 de 2009.

³ Ídem.

⁴ Sentencia T-475 de 2009.

⁵ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social.

(...)

La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”.

⁶ T-139 de 1999.



- (i) *Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación⁷.*

Jurisprudencialmente esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido⁸.

- (i) *Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho⁹.*

La Corte Constitucional ha establecido¹⁰, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad¹¹.

(ii) *En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, “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”.¹² Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”¹³.*

⁷ Decreto 47 de 2000, Art. 3, núm. 2.

⁸ Recientemente en la Sentencia T-554 de 2012 y T-034 de 2007 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte sostuvo: “(...)la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida”

⁹ Decreto 1804 de 1999, Art. 21, núm. 1.

¹⁰ Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

¹¹ La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹² Sentencia T-049 de 2011 y T-368 de 2015.

¹³ Ídem. 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.



(iii) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.

(iv) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia¹⁴. ”

Respecto al tiempo de cotización la Corte Constitucional en Sentencia 526 de 2019, siendo magistrado ponente el doctor ALBERTO ROJAS RIOS ha señalado:

“En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional¹⁵ 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 cotizó”¹⁶. (el subrayado es nuestro)

5.5. CASO CONCRETO:

En el presente caso, la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, a quien se le concedió licencia de maternidad desde el 15 de abril hasta el 18 de agosto de 2023, por el parto de su hijo LYAM ANDRES VALENCIA BARBOSA, el cual fue atendido en el Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué, pretende a través de la presente acción, que se ordene a la NUEVA EPS cancelar la licencia de

¹⁴ T-1014 de 2003.

¹⁵ Sentencia T-489 de 2018, T-278 de 2018 y T-368 de 2015 entre otras.

¹⁶ Sentencia T-503 de 2016.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MILEYDY BARBOSA BONILLA
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 73001-31-10-003-2023-00337-00



maternidad a la que tiene derecho por haber cotizado a dicha entidad antes y después del parto.

Como prueba, la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, allegó copia de la historia clínica; copia de la incapacidad médica por 126 días, expedida por la ginecóloga del Hospital Federico Lleras Acosta por el diagnóstico "PARTO POR CESAREA DE EMERGENCIA", con fecha 16 de abril de 2023; copia del certificado de nacido vivo de su hijo y el registro civil de nacimiento.

Por su parte, la propietaria de supermercados JHIRET, aportó como pruebas, copia del certificado y planillas de pago a la EPS, así como el certificado bancario de la accionante quien posee cuenta de ahorros en el Banco Caja Social No 24126352762.

De la revisión de las planillas aportadas por la accionada, se tienen las que corresponden a aportes realizados a través de la empresa MULTI SERVICIOS DE COLOMBIA OUTSOURCING SAS a la NUEVA EPS, así;

- Por valor de \$21.400 en febrero de 2022;
- por valor de \$40.000, en marzo, en abril, mayo, junio;
- Por valor de \$1.400 en julio de 2022;
- Por valor de \$37.400 en octubre de 2022;
- Por valor de \$40.000 en noviembre y diciembre de 2022;
- Por valor de \$46.400 en enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio de 2023.

Así las cosas, encuentra el Despacho que la accionante cotizó de manera continua a la NUEVA EPS desde febrero hasta julio de 2022, dejando únicamente sin cotizar en los meses de agosto y septiembre del año 20a22, y en el año 2023 realizó aportes desde enero hasta julio de manera continua, como consta en los documentos aportados por la parte accionada.

De otro lado, como quiera que la NUEVA EPS no se pronunció sobre los hechos de la presente acción, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, teniendo por ciertos los hechos de la solicitud del amparo.

Así las cosas, con el fin de garantizar los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad de la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA y de su menor hijo, teniendo en cuenta que la accionante ya no se encuentra laborando según lo informó la propietaria del supermercado JHIRET, y como ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T526 de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RIOS, "*La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que*

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MILEYDY BARBOSA BONILLA
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 73001-31-10-003-2023-00337-00



“dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”, dando aplicación a la jurisprudencia citada en esta providencia, debe la NUEVA EPS cancelar la prestación reclamada de manera proporcional a los periodos efectivamente cotizados al sistema, con el fin proteger los derechos del recién nacido y de la madre, motivo por el cual ordenará a la NUEVA EPS que, dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, cancele a la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA la licencia de maternidad, pues quedó probado que cotizó siete meses durante el periodo de gestación.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué Tolima, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, invocados por la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA identificada con C.C. No. 1.109.003.265, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS que, dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, cancele a la señora MILEYDY BARBOSA BONILLA, la licencia de maternidad que le corresponde por el nacimiento de su hijo, de manera proporcional al tiempo que efectivamente cotizó, durante el periodo de gestación.

TERCERO: Notificar a las partes la presente providencia por el medio más expedito, al que se acompañará copia de la misma (Art. 30 Decreto 2591 de 1991), advirtiendo que contra ella procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, de no ser impugnada la presente decisión oportunamente. Por secretaría, líbrense las comunicaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


ANGELA MARIA TASCÓN MOLINA

Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho

n.s.v.