



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

Ibagué, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Acción: TUTELA
Radicación: 73001-33-33-011-2023-00024-00
Accionante: MARÍA PAULA POSADA LUQUE
Accionado: NUEVA E.P.S. Y SERVILOGISTIC TOL SAS
Asunto: Sentencia de primera instancia

I. LA ACCIÓN

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la solicitud de amparo de los derechos fundamentales incoados, que ha dado lugar a instaurar la acción de Tutela de la referencia por la señora MARÍA PAULA POSADA LUQUE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.110.585.482 de Ibagué, en contra de la NUEVA E.P.S. Y SERVILOGISTIC TOL SAS; por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, protección a la niñez, debido proceso, la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, la igualdad y seguridad social ¹.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En su escrito, la actora solicita que se tutelen los derechos fundamentales que invoca se han visto afectados por las entidades accionadas, y que, como consecuencia de ello, se ordene a éstas que realicen los trámites administrativos y demás a que haya lugar para que le sea pagada su licencia de maternidad.

2. Fundamentos fácticos

La accionante expresó que se encontraba afiliada mediante la empresa Servilogistic TOL S.A.S., y que había realizado las cotizaciones en todo su periodo de embarazo.

¹ Visto en el anexo No. 3 de cuaderno de tutelas del expediente digital.

Explicó que el 9 de noviembre de 2022 había dado a luz a su hija, motivo por el cual se le había expedido la licencia de maternidad, la cual comprende el periodo del 9 de noviembre de 2022 al 14 de marzo de 2023, pero que al momento de presentación de la presente acción, ni la Nueva E.P.S. ni empresa para la cual laboraba le habían pagado tal prestación, argumentando la referida E.P.S. que no era posible que le fuera cancelada ésta, en razón a que para el mes de noviembre del año 2022, se había efectuado el pago de la cotización de forma extemporánea.

Refirió que la negativa en el pago de su licencia de maternidad afectaba tanto a su hija como a ella, toda vez que esta era la única fuente de ingresos con que contaba para el sustento diario y la atención de las necesidades básicas de los dos, lo cual también ponía en riesgo su vida y la de su bebé, por cuanto percibía solo un salario mínimo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina de Reparto de la Administración Judicial de Ibagué el 23 de enero de 2023 y recibida por este juzgado el mismo día.

Por medio de auto calendado del 24 de enero de 2023², se avocó conocimiento de la solicitud de amparo, ordenándose las notificaciones de rigor y se concedió a las entidades accionadas el término de un (1) día para presentar informe detallado, claro y preciso sobre los motivos que originaron el ejercicio de la Acción de Tutela, así como para ejercer su derecho de defensa y contradicción, y se vinculó al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado para que interviniera si a bien lo tenía.

Igualmente, se requirió a la actora y a la Nueva E.P.S. para que allegara copia de la historia clínica de aquélla.

El expediente ingresó al despacho para fallo el 2 de febrero de 2023.

Contestación de la entidad accionada Nueva E.P.S. ³

El Profesional Jurídico I de la Secretaría General y Jurídica de la entidad, actuando como apoderado especial, al momento de rendir el informe solicitado por el despacho, en primer lugar, puso de presente quién era el responsable de cumplir el eventual fallo de tutela que se profiriera, mencionó que la acción de tutela de la referencia había sido remitida al área técnica de la entidad que tenía a su cargo el suministro de la historia clínica de la actora, por lo que esta sería remitida al juzgado posteriormente e hizo algunas consideraciones sobre ese documento, especialmente en lo concerniente a su reserva y custodia.

² Visto en el anexo No. 4 de cuaderno de tutelas del expediente digital.

³ Visto en el anexo No. 6 de cuaderno de tutelas del expediente digital.

Seguidamente, señaló que la accionante se encontraba activa en el régimen contributivo y que la acción de tutela de la referencia había sido remitida al área técnica de la entidad que tenía a su cargo el asunto, para que efectuaran el análisis de lo planteado.

Posteriormente, hizo alusión a la licencia de maternidad, abordando lo relativo a las cotizaciones al sistema de seguridad social y que, cuando se incurría en mora de estos, se suspendía el pago de las prestaciones económicas que se generaran a favor de quien realizaba el aporte, situación en la cual quien asumía los gastos hospitalarios e incapacidades era la empresa empleadora.

Arguyó que la solicitud de amparo presentada era improcedente toda vez que con esta se pretendía el reconocimiento de derechos de carácter económico, ya que el propósito de las acciones de tutela es el amparo de derechos fundamentales, lo que no sucedía en el asunto planteado, puesto que no se evidenciaba una situación que pusiera en peligro derechos fundamentales de la señora María Paula Posada Luque, siendo errado el pronunciamiento que se había emitido por el Juzgado en lo que respecta al cubrimiento de carácter económico de incapacidades de la actora.

Se refirió a que la acción de tutela interpuesta era improcedente por cuanto esta tenía como característica ser de carácter residual o transitorio, y que por estarse debatiendo temas de eran de índole laboral, quien debía conocer de ello era el juez ordinario laboral. Preciso que no había una transgresión a algún derecho fundamental de la accionante que exigiera que se prestara una atención urgente, toda vez que esta estaba afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud por medio de la Nueva E.P.S., además de que a aquella se le estaba adelantando un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por último, pidió que se negara la solicitud de amparo objeto de estudio por cuanto no fue acreditada la vulneración de derechos fundamentales.

Contestación de la entidad accionada SERVILOGISTIC TOL S.A.S.

Dentro del término concedido al Representante Legal de la empresa Servilogistic TOL S.A.S. para que presentara el informe detallado, claro y preciso solicitado por el Juzgado, sobre los motivos que generaron la acción de tutela que ocupa, aquél guardó silencio, pese a ser notificado de la respectiva providencia.

Intervención del Ministerio Público

No se presentó intervención por parte del funcionario del Ministerio Público delegado ante este Juzgado, dentro de la acción de tutela de la referencia.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

A partir de los antecedentes planteados, corresponde a este Despacho Judicial determinar si,

1. ¿La Nueva E.P.S. y Servilogistic TOL S.A.S., vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, protección a la niñez, debido proceso, la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, la igualdad y seguridad social, de la actora así como de su hija, en tanto que la primera no le reconoció el pago de su licencia de maternidad bajo el argumento de que los aportes de salud del mes de noviembre del año 2022 fueron cancelados de forma extemporánea por el empleador de la actora?
2. En el evento de determinarse que la actora tuviese derecho a que le sea pagada su licencia de maternidad por la afectación de sus derechos fundamentales y de su hija, ¿a quién correspondería el pago la misma?

2. LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es un instrumento procesal específico, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección eficaz, concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos consagrados por la ley, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicha acción judicial ostenta las siguientes características: es subsidiaria, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Es inmediata, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar. Es sencilla, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio. Es específica, por cuanto se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales. Y es eficaz, debido a que siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo. Estas condiciones se concretan en la definición de un trámite preferente y sumario⁴.

3. DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

El derecho a la salud actualmente ha sido reconocido como de carácter fundamental y de rango constitucional, de naturaleza autónoma, pues su protección se puede invocar directamente por la persona que considere que se

⁴ Corte Constitucional - Auto 053 del 30 de mayo de 2002 – M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

vulnera, teniendo tal relevancia que su afectación deviene en la alteración de otros derechos fundamentales como lo es la dignidad humana, y que, por tanto, ha sido merecedor del desarrollo de todo un sistema que lo regule y reglamente. De ahí que se le brinde una especial importancia y amparo en las distintas acciones de Tutela, siendo objeto de múltiples pronunciamientos por el Máximo Órgano Constitucional:

“3.1. Del derecho fundamental a la salud: naturaleza, elementos, principios y derechos que de él emanan. Reiteración de jurisprudencia

(...)

Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

En cuanto a su naturaleza, para los efectos de esta sentencia, resulta importante reiterar que se trata de un derecho irrenunciable en lo que a su titularidad se refiere, debido –precisamente– a su categorización como derecho fundamental. Asunto diferente a su ejercicio, que depende –en principio– de la autonomía de la persona. Esta diferenciación fue puesta de presente en la citada Sentencia C-313 de 2014, en los siguientes términos:

“El atributo de la irrenunciabilidad predicable de un derecho fundamental pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente. Con todo, resulta oportuno distinguir entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo, pues, entiende la Sala que la titularidad de los derechos fundamentales es irrenunciable, pero, el ejercicio de los mismos por parte del titular es expresión de su autonomía. Así pues, si una persona en su condición de titular del derecho fundamental a la salud, se niega a practicarse un procedimiento, esto es, a materializar el ejercicio del derecho, prima facie prevalece su autonomía. En cada caso concreto habrá de decidirse, si es admisible constitucionalmente la renuncia del ejercicio del derecho, pues, tal uso de la autonomía, puede entrar en tensión con otros valores y principios constitucionales”.

En lo atinente a su cobertura, como mandato general, es claro que el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: “Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas;

políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud” [14].

Dentro de este contexto, en el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “más alto nivel posible de salud física y mental”. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible.

De esta manera, como lo ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la salud no se limita a la prestación de un servicio curativo, sino que abarca muchos otros ámbitos, como ocurre, por ejemplo, con las campañas informativas para el autocuidado.

(...)

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional.

En lo que atañe a los principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en cuatro de ellos, que resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

(...)

Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud le dedica un artículo especial al principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación de este servicio.

Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

Para los efectos de esta sentencia, resulta relevante indicar que, en atención del principio pro homine, como previamente se dijo, en caso de que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo. En efecto, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece que: “En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que éste comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

(...)

Como se observa de lo expuesto, a futuro, como regla general, se entenderá que todo está cubierto por el plan de salud a excepción de aquellas prestaciones que cumplan con los criterios establecidos en la norma citada, pues la restricción para la financiación de ciertos servicios resulta legítima dentro de una dinámica donde la exclusión sea la excepción. Sin embargo, en virtud del principio pro homine, como reiteradamente se ha señalado, de cumplirse ciertas condiciones, aun cuando el servicio esté excluido por dichas normas, podrá ser suministrado, básicamente en aplicación del criterio de “requerir con necesidad”, cuando ello se torne claramente indispensable para asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales.”⁵

La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha referido al respecto, señalando que la protección del derecho a la vida también implica prodigar condiciones que permitan que ésta sea digna, sin que necesariamente la situación planteada deba comprometer la existencia misma, garantizándose así que la persona pueda contar con las condiciones de vida más altas posibles.

Se deduce entonces de los pronunciamientos traídos a colación, que el derecho a la salud aparece instituido en la Carta Política de 1991 como un derecho fundamental y que debe ser protegido de manera inmediata.

4. ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS MUJERES GESTANTES Y LACTANTES

Las mujeres en estado de gestación, así como aquéllas que se encuentran en periodo de lactancia, han sido consideradas por la Corte Constitucional como sujetos de especial protección, lo que responde a lo preceptuado en el artículo 43 de la Norma Superior y en el artículo 235 A del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que revisten de un interés superior, como consecuencia de estar en una situación de debilidad manifiesta, sumado a las distintas formas de discriminación que se han materializado a lo largo de los años a éstas, especialmente en el ámbito laboral:

“(...) 2. El precedente judicial vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas^[130].

2.1. Fundamento constitucional de la protección de las mujeres embarazadas

11. Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales^[131]:

(i) El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad^[132], el cual se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo^[133]. Así, la

⁵ Corte Constitucional – Sentencia T-121 del 26 de marzo de 2015. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante –sin distinción–, y **un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada**. En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes^[134].

(ii) **La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral**, la cual ha sido destacada por esta Corporación en reiteradas oportunidades^[135]. El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia^[136]. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución^[137] que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo^[138].

(iii) **La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida** se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como lo ha reiterado este Tribunal^[139]. Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad.

De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida^[140]. Con todo, no puede perderse de vista que, como fue establecido en la **Sentencia C-355 de 2006**, “a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”^[141].

Así mismo, la **Sentencia SU-070 de 2013** señaló que “la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”^[142].

Además, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita

el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente^[143]. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también **la protección de la maternidad**, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia^[144].

(iv) Por último, **la relevancia de la familia en el orden constitucional** es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante^[145]. (...) ⁶

Es así como dentro de las garantías que se reconocen después de que una mujer da a luz, como sujeto de especial protección, es la licencia de maternidad, que es reconocida a quienes que cuenten con un vínculo laboral o tengan contratos de prestación de servicios, la cual ha sido entendida de la siguiente manera:

“(...) La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido^[201].

55. En esa medida, esta prestación cubre no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento. (...)”⁷

Tal licencia se encuentra igualmente en la normativa laboral, específicamente en el Código Sustantivo del Trabajo, que consagra:

“ARTICULO <235-A>. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD. <Artículo adicionado por el artículo 33 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La Maternidad gozará de la protección especial del Estado.

ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-075 del 24 de julio de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁷ Ibidem.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) **Licencia de maternidad preparto.** Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) **Licencia de maternidad posparto.** Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 10. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 20. *El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.*

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación.

La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas.

La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

PARÁGRAFO 30. *Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.*

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla. (...)”

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, ha sido la misma Corte Constitucional quien, en diversos pronunciamientos, ha explicado ello, determinando que:

“(...) 4. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad^[32]

35. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por su parte, el artículo 49 indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades privadas.

36. Asimismo, el artículo 84 de la Constitución Política determina que, cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer

ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio. A su vez, el artículo 29 dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones. Eso significa que, para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos, se deben observar las leyes preexistentes y la plenitud de las formas propias de cada juicio.

37. La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora^[33]. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto^[34].

38. El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

39. En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

40. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, 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^[35]. Según esta Corte, la licencia de maternidad es:

“(…) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”^[36].

41. Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cubre a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad^[37].

42. La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la

continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido^{37F[38]}.

43. Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico^[39]. Estos últimos se contemplan en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017:

“i) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. || ii) Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. || iii) Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”.

44. Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

45. Cuando se trata de trabajadoras independientes, estas deben efectuar el cobro de la prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad^[40]. Ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza^[41]. (...)”⁸

De otro lado, como requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad, el Decreto 1427 de 2022, dispone:

“LICENCIA DE MATERNIDAD Y DE PATERNIDAD

(...)

ARTÍCULO 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-224 del 14 de julio de 2021, M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

2. *Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*

3. *Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya Jugar.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les 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, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO 1. *Cuando se presente un parto pretérmino, la licencia de maternidad será el resultado de calcular la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, la que se sumará a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la ley. En los casos de parto múltiple o de un hijo con discapacidad, se ampliará en dos semanas conforme con lo previsto en la normativa vigente, siempre y cuando los menores hayan nacido vivos.*

PARÁGRAFO 2. *La afiliada tendrá derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, de acuerdo con el criterio médico, remunerada con el salario que devengaba en el momento en que esta inicie, sin perjuicio que el médico tratante pueda otorgarle una incapacidad de origen común una vez culmine aquella, en el caso previsto por el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo. (...)*

5. LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Al expedirse la Constitución Política de 1991, la Norma Superior otorgó la categoría de sujetos de especial protección por parte del Estado a los menores de edad, motivo por el cual, a través del diverso desarrollo jurisprudencial constitucional que se ha dado, y de la normativa expedida al respecto, así como de lo contenido en el bloque de constitucionalidad, se comenzó a hablar sobre el interés superior de los menores, debiéndose propender en todo momento por la protección y salvaguarda de sus derechos en aras de que garantice el pleno ejercicio y desarrollo de los mismos.

Sobre este asunto, podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia T-468 del 2018, que estableció:

“(…)4. La protección especial de la niñez y la promoción del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional reforzada

4.1. La familia, la sociedad y el Estado están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección

constitucional

4.1.1. De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3°, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado[52] y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En este sentido, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia[53] señala que se debe “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” donde “prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”[54]. En ese orden, el principio del interés superior del niño, es un criterio “orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”[55], además de ser un desarrollo de los presupuestos del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad[56].

4.1.2. Estas disposiciones armonizan con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que “por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”[57]. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño[58]. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos[59], en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24[60]), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10[61]) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Es importante tener en cuenta que, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

(...)

4.1.3. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte, al interpretar tales mandatos, ha reconocido que los niños tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna[64]. En este sentido, se han establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior de los niños, en caso de que sus derechos o intereses

se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas[65]. Reglas que fueron sintetizadas por la Sentencia T-044 de 2014[66] , como se detalla a continuación[67]:

- a. “Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;*
- b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;*
- c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;*
- d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares[68], teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;*
- e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; y*
- f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales.*
- g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados[69].” [70]*

4.1.4. En conclusión, los niños, niñas y adolescentes no sólo son sujetos de derechos, sino que sus intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan las prerrogativas a su favor, tanto las disposiciones nacionales como las internacionales, deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de las normas aisladamente consideradas. Lo que significa que tan solo “cuando las decisiones del estado están siendo acompañadas de principios” es cuando, “el derecho está justificado y se estaría actuando con integridad”. “[71](...)”⁹

6. DEL CASO CONCRETO

La accionante solicita que se le ordene NUEVA E.P.S. y/o a la empresa SERVILOGISTIC TOL SAS, que se adelanten los trámites a que haya lugar, para que le sea pagada su licencia de maternidad, la cual le fue negada por la entidad accionada NUEVA E.P.S. debido al pago extemporáneo de la cotización del mes de noviembre del año 2022, mes en el cual nació su hija.

En este orden de ideas, dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- i) Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (Fl. 11 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- ii) Copia del certificado de nacido vivo- antecedente para el Registro Civil No. 22116910184543 (Fl. 12 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-468 del 07 de septiembre de 2018, M.P. DIANA FAJARDO RIVERA.

del expediente digital).

- iii) Copia del formato de huellas recién nacido de la hija de la accionante. (Fl. 13 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- iv) Copia del Registro Civil de Nacimiento con NUIP 1106233906 de la hija de la actora. (Fl. 14 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- v) Copia de la incapacidad médica otorgada por la Clínica Tolima a la accionante, por el periodo del 09 de noviembre de 2022 al 14 de marzo de 2023, por causa materna (Fl. 15 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- vi) Copia del certificado de incapacidad o licencia por maternidad emitida el 10 de noviembre de 2022, por la Nueva E.P.S. (Fl. 16 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- vii) Copia del pronunciamiento de la Nueva E.P.S. de fecha 04 de enero de 2023, con el asunto *“Respuesta solicitud de reconocimiento económico radicada en NUEVA EPS S.A con el consecutivo 2255002”*, dirigido a la empresa SERVILOGISTIC TOL SAS, negando la licencia de maternidad solicitada por la tutelante. (Fls. 17 a 18 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).
- viii) Copia de certificado de aportes al sistema de protección social de la señora María Paula Posada Luque por el periodo de marzo de 2022 a enero de 2023. (Fls. 19 y 20 del anexo No. 3 del cuaderno de tutelas del expediente digital).

Si bien el requerimiento efectuado tanto a la actora como a la Nueva E.P.S. referente a que fuera allegada copia de la historia clínica de aquélla, no fue atendido, revisadas las pruebas que forman parte del expediente de la presente acción de tutela, se tiene que la actora dio a luz a su hija el día 09 de noviembre de 2022, fecha a partir de la cual le fue otorgada licencia de maternidad hasta el 14 de marzo de 2023.

Primer problema jurídico: *¿La Nueva E.P.S. y Servilogistic TOL S.A.S., vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, protección a la niñez, debido proceso, la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, la igualdad y seguridad social, así como de su hija, en tanto que la primera no le reconoció el pago de su licencia de maternidad bajo el argumento de que los aportes de salud del mes de noviembre del año 2022 fueron cancelados de forma extemporánea por el empleador de la actora?*

Ahora bien, frente a los motivos que llevaron a que la entidad accionada Nueva E.P.S. le negara a la señora María Paula Posada Luque el pago de la licencia de maternidad, se encuentra que aquélla argumentó que:

Respuesta del 11 de noviembre de 2022

“(...) En respuesta a su comunicación, le informamos que el aporte correspondiente al periodo de Noviembre 2022 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora.

Mes de cotización: Noviembre 2022

Fecha Limite de Pago: 03/11/2022

Fecha de pago: 16/11/2022

Nº de planilla: 63331734

Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 8550005 a nombre del afiliado MARIA PAULA POSADA LUQUE identificado con número de cedula 1110585482 (...)

De lo anterior, se colige que la Nueva E.P.S. negó el reconocimiento de la licencia de maternidad a la tutelante, en razón a que se efectuó el pago tardío de los aportes del mes de noviembre del año 2022, puesto que la fecha máxima para el pago era el 03 de noviembre de 2022, siendo este realizado el 16 de noviembre de 2022.

Frente a los presupuestos para el reconocimiento de la licencia de maternidad, es pertinente traer a colación lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 2.2.3.2.1, anteriormente relacionados, que consagran:

“(...) Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya Jugar.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les 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, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. (...)”

De tales apartes normativos, se concluye que, para reconocer la referida licencia, se debió haber cancelado todas las cotizaciones que cobijan el tiempo de la gestación en la fecha máxima para cancelar el periodo de cotización en que comenzó la licencia, incluidos los intereses de mora si se causaron.

No obstante, si se cotizó por un periodo menor al que se dio la gestación de la madre, habrá lugar a reconocer y pagar de forma proporcional por concepto de licencia, una suma que equivalga al número de días que se cotizaron con relación al periodo de la gestación.

Por tanto, en el presente asunto, si bien se presentó una mora en el pago de la cotización correspondiente al mes de noviembre del año 2022, tiempo para el cual inició la incapacidad otorgada a la accionante, pero posteriormente el mismo fue cancelado por el empleador de la accionante, en aplicación de la

norma transcrita previamente, la Nueva E.P.S. debió haber reconocido y pagado la licencia de maternidad a la actora de manera proporcional a los días que fueron efectivamente cotizados respecto del tiempo de gestación de ésta.

En este punto, y sobre el cumplimiento del aspecto de la subsidiariedad, es pertinente mencionar que la Corte Constitucional, en distintas decisiones de tutela, ha determinado que sí es procedente el reconocimiento de las licencias de maternidad a través de la acción de tutela, bajo ciertas condiciones, como a continuación se muestra:

“(...) 73. El juez constitucional tiene el imperativo de analizar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del mecanismo de amparo antes de adoptar cualquier orden judicial. Asimismo, debe ser más exhaustivo antes de declarar la improcedencia de la acción, en los casos en los que exista amenaza de que ocurra un perjuicio irremediable, cuando el accionante se encuentre en condiciones de vulnerabilidad manifiesta o se trate de un sujeto de especial protección constitucional. La Corte ha establecido que, en ciertos casos, dadas las particularidades de vulnerabilidad de la persona que interpone la tutela, se justifica que el análisis de procedencia sea más flexible[57].

74. En numerosas oportunidades, la Corte ha indicado que la negativa del pago de la licencia de maternidad puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su hijo[58]. Por tal motivo, el hecho de tener que acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría vulnerar el goce efectivo de estos derechos. De manera que el juez constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto. Sobre el particular, en la Sentencia T-278 de 2018 se sostuvo lo siguiente:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia”[59].

75. En la misma sentencia, esta Corte sostuvo que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: i) que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento del niño o niña y ii) que se compruebe por cualquier medio la afectación al mínimo vital de la madre y su hijo. En cuanto a este último aspecto, la Corte señaló que: “la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna”[60].

77. Además existen supuestos que permiten presumir la afectación al mínimo vital de la señora Carolina Deik Acostamadiedo y de su hijo. En el escrito de tutela, la accionante advirtió que, al momento del nacimiento del niño, su esposo se encontraba desempleado. Por lo tanto, la accionante se encontraba a cargo de los gastos del hogar. Esta afirmación no fue controvertida ni por la parte accionada ni por las vinculadas a la presente tutela.

78. Ante esta circunstancia opera la presunción de afectación al mínimo vital de la accionante y su hijo. Por esa razón, esta Sala estima procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante porque el pago de la prestación económica por licencia de maternidad se torna indispensable para suplir los ingresos que con motivo del nacimiento se dejaron de percibir. Con independencia de si el salario de la madre es mayor al salario mínimo o si se trata de una persona de escasos recursos, la presunción opera siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo[62].

79. Adicionalmente, la Corte considera que el impago de dicha prestación incide negativamente en el mínimo vital y la vida digna de la actora y de su hijo. En efecto, los ingresos que ella recibía como trabajadora independiente -cuya percepción se interrumpió- constituían su única fuente económica de sostenimiento.

(...)

81. En consecuencia, la falta de percepción de ingresos económicos torna la licencia de maternidad en una prestación social fundamental ligada al desarrollo integral de la madre y de su hijo recién nacido. Esta representa el único ingreso que permite solventar tanto sus necesidades básicas de subsistencia como las de su familia. Así las cosas, la intervención del juez constitucional en el caso bajo estudio es necesaria para garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la madre y su hijo.

82. Por otro lado, respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas a través de la acción de tutela, este tribunal ha indicado que para su cobro existen otros mecanismos idóneos (i.e. 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, la Corte también ha manifestado que, cuando se presenta una grave amenaza al mínimo vital, resulta procedente tramitar por esta vía dicha prestación económica[64].

83. De igual forma, este tribunal ha indicado que el pago de las incapacidades no solo debe ser visto como una simple pretensión económica, sino como la manera en la que el trabajador logra compensar su salario ante una contingencia de salud. El objetivo es que no resulte afectada su subsistencia y la de los familiares que tenga a cargo[65]. (...)”¹⁰

En cuanto a que se interrumpan las cotizaciones de los aportes en salud por parte de la madre gestante, el Máximo Órgano Constitucional en reciente jurisprudencia, precisó que:

“(…) La interrupción de cotizaciones durante el periodo de gestación

¹⁰ Ibídem.

17. El artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 señala en su inciso primero que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad está sujeto a que “la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación”. No obstante, el inciso segundo prevé el pago proporcional a los días cotizados si se trata de trabajadoras independientes o, en el caso de las trabajadoras dependientes, si inició una vinculación laboral durante el periodo de gestación^[56]. En una línea similar, la posición de esta Corporación ha sido que la falta de cotización de todos los periodos durante la gestación:

“no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, 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, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido”^[57].

Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación^[58]. La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante **más de dos meses** de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad **proporcional** al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante **dos meses o menos** de su gestación, tendrá derecho a recibir la **totalidad** de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad. (...) ¹¹

Sobre la presunción de la vulneración del derecho al mínimo vital, tanto de la madre como de su hijo o hija, la misma Corporación previamente había establecido lo siguiente:

“(…) 4. Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La evolución de la jurisprudencia constitucional^[30], ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-014 del 24 de enero de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. 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, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple 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, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.

4.1.6. 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.^[31]

(...)

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:

(i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación^[54].

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 nacido^[55].

(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 derecho^[56].

La Corte Constitucional ha establecido^[57], 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 maternidad^[58].

(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”.^[59] Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del periodo de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del periodo de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”^[60].

(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 licencia^[61]. (...)”¹²

De las anteriores providencias, se destaca que, la Corte Constitucional ha sido enfática en que la acción de tutela es considerada como un medio idóneo para el reconocimiento de una licencia de maternidad, pues, aunque en principio se trate de una pretensión de carácter económico, la misma tiene directa incidencia en garantías mínimas fundamentales de las madres, así como también de sus hijos, como lo serían el mínimo vital y el derecho a una vida digna.

Por ello, se exige que la solicitud de amparo se interponga dentro del año siguiente a que nació el o la mejor, así como que se acredite, por cualquier medio, que se está afectando el mínimo vital de la madre y de su bebé.

En el presente caso, se encuentran demostrados los dos anteriores requisitos, puesto que la hija de la accionante nació en el mes de noviembre del año 2022, por lo que no se ha superado un año desde ese momento, y, de las manifestaciones que hizo en el escrito de tutela de que ésta no contaría con ingresos para su sustento diario ni para atender las necesidades básicas de su hija y de ella, situaciones que no fueron desvirtuadas por la entidad accionada, quien tiene la carga de la prueba para desacreditar la afectación de del mínimo vital, con lo cual se materializa la presunción de afectación del derecho al mínimo vital de la actora y de su hija, como lo explicó la Corporación Constitucional, bastando solo con la manifestación de la afirmación de afectación de esa garantía superior, e inclusive, siendo suficiente con que se hubiere presentado la acción de tutela.

De otro lado, sobre las cotizaciones que se realicen de forma interrumpida en el periodo de la gestación, según las sentencias ya mencionadas, la Corte Constitucional ha determinado dos reglas para proceder a reconocer el pago de

¹² Corte Constitucional, sentencia T-503 del 16 de septiembre de 2016, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

las licencias de maternidad, consistiendo estas en que i) cuando no se hubieren hecho aportes por más de dos meses del tiempo de gestación, la madre recibirá una prestación por concepto de la licencia de maternidad, que será proporcional al tiempo que cotizó; ii) si no se efectuaron cotizaciones por dos meses o menos, se recibirá toda la prestación consistente en la licencia de maternidad, para lo cual se analizará cada caso en concreto.

En así como la situación fáctica de la accionante se enmarca en el supuesto de hecho de la segunda regla, de manera que, en razón a esto, hay lugar a que le sea pagada toda la licencia de maternidad, máxime cuando la mora presentada en el pago de los aportes del mes de noviembre fue de solamente unos días

De conformidad con lo dicho previamente, y en aplicación de la perspectiva de género en la presente decisión, tratándose de dos sujetos de especial protección, como lo son una madre lactante y una menor, el despacho amparará los derechos fundamentales mínimo vital, protección a la niñez, debido proceso, la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, la igualdad y seguridad social de la señora MARÍA PAULA POSADA LUQUE, así como de su hija.

Determinado lo anterior, procederá el despacho a establecer quién debe asumir el pago de la licencia de maternidad de la señora María Paula Posada Luque.

Segundo problema jurídico: *En el evento de determinarse que la actora tuviese derecho a que le sea pagada su licencia de maternidad por la afectación de sus derechos fundamentales y de su hija, ¿a quién correspondería el pago la misma?*

Sobre el allanamiento a la mora por las E.P.S. respecto de los pagos en las cotizaciones, el Máximo Órgano Constitucional ha sido enfático en que:

“(…) 7. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud

Esta Corporación^[51] ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

“ACCIONES DE COBRO. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la*

administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS.

(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.” (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

Así, asentar que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado^[52].

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo. (...)”¹³

Ateniendo a lo explicado por la Corte Constitucional en la providencia transcrita, así como en la sentencia T-503 de 2016 a la que se hizo referencia en líneas anteriores, si bien se encuentra que la empresa empleadora de la

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-526 del 06 de noviembre de 2019, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

accionante realizó los aportes de esta al sistema de seguridad social de forma extemporánea, frente a ello se concluye que la Nueva E.P.S. aceptó tales cotizaciones, motivo por el cual se allanó a la mora en que incurrió la empresa Servilogistic TOL S.A.S., por lo que, siguiendo las reglas que han sido fijadas por la Corporación Constitucional, a quien le corresponde asumir el pago de la licencia de maternidad es a la Nueva E.P.S.

Por lo tanto, se ordenará a la NUEVA E.P.S., a través de su Director de Prestaciones Económicas, o quien haga sus veces, o el funcionario que la entidad determine competente para ejecutar la presente decisión, que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice todos los tramites de tipo administrativo y presupuestal para que le sea reconocida y pagada a la accionante, de manera completa, la licencia de maternidad, en razón al parto que tuvo el 09 de noviembre de 2022.

Finalmente, teniendo en la inobservancia de la Nueva E.P.S. de las disposiciones normativas, así como de la jurisprudencia sobre el tema de las licencias de maternidad, se compulsará copia de esta sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en uso de sus competencias de inspección, vigilancia y control investigue la omisión de esta entidad frente al pago de la licencia de maternidad en comento.

Asimismo, se exhortará a la empresa Servilogistic TOL S.A.S. a que, en lo sucesivo, continúe realizando de forma oportuna los aportes de sus trabajadores al sistema de seguridad social.

En mérito de lo expuesto, el **Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales mínimo vital, protección a la niñez, debido proceso, la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, la igualdad y seguridad social de la señora MARÍA PAULA POSADA LUQUE, así como de su hija, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S., a través de su Director de Prestaciones Económicas, o quien haga sus veces, o el funcionario que la entidad determine competente para ejecutar la presente decisión, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice todos los tramites de tipo administrativo y presupuestal para que le sea reconocida y pagada a la accionante, de manera completa, la licencia de maternidad, en razón al parto que tuvo el 09 de noviembre de 2022.

TERCERO: COMPULSAR copias de esta sentencia a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que en uso de sus competencias de inspección, vigilancia y control investigue la renuencia de la NUEVA EPS a pagar la licencia

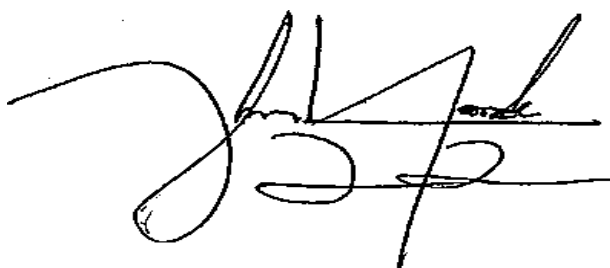
de maternidad de la accionante.

CUARTO: EXHORTAR a la empresa Servilogistic TOL S.A.S. a que, en lo sucesivo, continúe realizando de forma oportuna los aportes de sus trabajadores al sistema de seguridad social

QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si este fallo no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y Cúmplase.



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez

Firmado Por:

John Libardo Andrade Florez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

11

Ibague - Tolima

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: **6f759530b99676531c5bd47ddf6d59a7c4b9c6b26e89401bcf8ff397f93c3dd7**

Documento generado en 03/02/2023 08:37:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>