

CONSTANCIA SECRETARIAL: Al titular del Despacho le fue concedida licencia por luto desde el 09 hasta el 15 de febrero del 2023. Así mismo, se hace constar, que los términos judiciales se encontraban suspendidos desde el 10 hasta el 15 de febrero del 2023. 16 de febrero de 2023.

ADRIANA PATRICIA RUÍZ PÉREZ
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, Dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ C.C. 1.040.754.840
ACCIONADAS	NUEVA EPS S.A. Y MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ
RADICADO	05001 31 03 001 2023 – 00039 - 00
INSTANCIA	PRIMERA
PROVIDENCIA	SENTENCIA N° 043
TEMAS Y SUBTEMAS	DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL – LICENCIA DE MATERNIDAD
DECISIÓN	CONCEDE TUTELA.

Surtido el trámite establecido en el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, es la oportunidad para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales que por vía de esta acción constitucional solicita la señora **MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ**, actuando en causa propia, contra **LA NUEVA EPS S.A Y MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ**.

I. ANTECEDENTES

1. LOS HECHOS RELEVANTES

Manifestó la accionante en su escrito de tutela en síntesis que, el 22 de noviembre del 2022 le fue expedida su licencia de maternidad con ocasión del parto de su hijo en la IPS Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín.

La licencia de maternidad tiene como fecha de inicio el 25 de noviembre del 2022 y como fecha de finalización el 30 de marzo del 2023.

La empleadora, señora MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ, estuvo realizando los pagos de nómina con normalidad hasta el día 15 de enero del 2023; pero para la quincena del 30 de enero de 2023 le comunicó a la accionante de manera verbal,

que no podía continuar con el pago de esta, pues LA NUEVA E.P.S le había negado el pago de la licencia de maternidad.

El no pago de la licencia de maternidad afecta tanto la estabilidad económica de la ciudadana MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ como la de su hijo recién nacido. Puesto que su trabajo es la única fuente de ingresos y no dispone de otras fuentes económicas con las cuales pueda solventar los gastos de la familia.

2. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Radicado el escrito tutelar en la Oficina Judicial, y asignado por reparto a esta dependencia judicial, mediante auto calendado el 06 de febrero de 2023 se admitió la acción constitucional contra LA NUEVA EPS Y la señora MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ, concediéndoles el término de dos (2) días para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones que motivaron la protección reclamada, y para que allegaran o solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer.

3. POSICIÓN DE LA PARTE RESISTENTE.

- a) MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ.,** argumentó que, la trabajadora MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ del restaurante PALOSANTO y el cual es de propiedad de la señora GARCÉS RUÍZ. Le comunicó la licencia de maternidad expedida el 26 de noviembre del 2022 y la cual tiene como vigencia el 25 de noviembre de 2022 hasta el 30 de marzo de 2023.

Como empleadora conoce la importancia de la licencia de maternidad para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas tanto de la madre como del recién nacido; por esta razón, a la accionante se le hicieron los pagos normales de su licencia de maternidad por los periodos comprendidos entre:

- El 16 de noviembre al 30 de noviembre del 2022 por un valor de \$467.444.
- El 1 al 15 de diciembre de 2022 por un valor de \$468.846.
- El 16 al 31 de diciembre de 2022 por un valor de \$1.023.286 (incluyendo prima de servicios).
- Del 1 al 15 de enero de 2023 por un valor de \$533.600.

El día 30 de diciembre del 2022 se radicó la solicitud de pago de licencia de maternidad objeto de la presente acción constitucional a LA NUEVA E.P.S, bajo el radicado VO-GRC-DPE 1936609. El 05 de enero la señora MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ, recibió respuesta por parte de LA NUEVA E.P.S en la que negaban el pago de la licencia de maternidad, argumentando el pago extemporáneo de las cotizaciones por el mes de noviembre. Pago que fue aceptado por esta E.P.S sin haber iniciado ninguna gestión de cobro.

Finalmente indicó que como empleadora, está pasando por una difícil situación económica y por esta razón tuvo que comunicarle a la accionante a finales del mes de enero del año en curso, que no podía seguir garantizando el pago de su licencia de maternidad, pues había sido negada por LA NUEVA E.P.S.

b) LA NUEVA EPS S.A., allegó escrito de contestación a la tutela y por intermedio de apoderado judicial manifestó que, se dio traslado al área de prestaciones económicas para que se informe respecto del proceso actual de pago e incapacidades a favor de la parte accionante, por lo que una vez rinda su informe lo estaremos a su despacho mediante respuesta complementaria, sin embargo, aclaró que dichas pretensiones son improcedentes dado que se tratan de un reconocimiento de carácter económico y se fundamentan en un derecho de segunda generación, el cual no es amparado por la acción de tutela. Y solicitó se denegara el amparo constitucional por considerar que no se evidencia vulneración de derechos fundamentales a la accionante por parte de esta entidad.

Posteriormente, dicha entidad envía otro escrito complementado la respuesta de tutela, indicando que: el aportante GARCÉS RUÍZ MILENA MARIA con NIT: 42771313, solicitó el pago de la licencia de maternidad 8575818, a través del portal WEB el 25 de diciembre de 2022, LA DIRECCIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS emitió respuesta el 05 de enero del 2023, mediante comunicado VO-GRC-DPE-1936609 al correo palosantomedellin@outlook.com: informándole que el aporte correspondiente al periodo de noviembre de 2022 fue cancelado de forma extemporánea o se encuentra en mora. Por lo anterior no es posible efectuar el reconocimiento económico de la licencia 8575818 a nombre de la afiliada MARIA ANGELICA RUÍZ identificada con cédula de ciudadanía número 1.040.754.840, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 del 29 de julio del 2022.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer de la solicitud de amparo constitucional en referencia, dada la naturaleza jurídica de la entidad accionada y porque es este el lugar donde ocurre la violación o amenaza de los derechos cuya protección se invoca.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se concreta en establecer, si la empleadora MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ Y LA NUEVA EPS incurrieron en la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección demanda la señora MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ, por la suspensión del pago de la licencia de maternidad expedida el 26 de noviembre del 2022 y la cual tiene como fecha de inicio el 25 de noviembre del 2022 y como fecha de finalización 30 de marzo del 2023.

3. DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El Constituyente de 1991, al adoptar para el Estado colombiano el modelo político de estado social y democrático de derecho, fundado en el respeto de los derechos

fundamentales, la dignidad y la justicia, entre otros, se ocupó igualmente de consagrar una serie de mecanismos orientados a la inmediata y efectiva protección de los derechos fundamentales que no se reducen únicamente a los contenidos en el Capítulo I, ni a los de aplicación inmediata que prevé el Art. 85, sino que se extienden a todos los derechos inherentes a la persona humana, sea que tengan o no consagración positiva, conforme lo establece el Art. 94 de la Constitución.

La acción de tutela constituye uno de los más importantes mecanismos de garantía de los derechos constitucionales fundamentales al alcance de toda persona para la defensa de los derechos de carácter fundamental, siempre que hayan sido violentados o amenazados por una autoridad pública y por los particulares, en los eventos expresamente autorizados en el art. 86 de la C.N., y se orienta en esencia a la aplicación directa e inmediata de la Constitución, a través de un procedimiento expedito y sumario. De ahí que se le haya entendido, doctrinariamente, como un recurso a la constitucionalidad, una garantía de la supremacía constitucional y como un recurso idóneo para la justiciabilidad de la Constitución.

La Corte Constitucional en la sentencia T-001 de 1992, definió el objeto y naturaleza de esta acción en los siguientes términos: *"La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Política.*

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza".

4. PREMISAS JURÍDICAS Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO

4.1 La protección a la maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como principios fundantes del Estado Social de Derecho que orientan la Constitución Política de 1991, sobresalen por su vital importancia el respeto por la vida, la justicia, la libertad, el pluralismo y la igualdad, principios que tienen un mayor desarrollo normativo en cada una de los artículos constitucionales en los cuales se concretan como verdaderos derechos, a efectos de asegurar su efectividad.

De esta manera, el derecho a la vida es esencial para el desarrollo de los demás derechos consagrados en la Carta Política, se apoya para su debido respeto y

garantía, en el desarrollo de otros derechos que como la igualdad, consagrada en el artículo 13, que prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, obligando al Estado a promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, a acoger “medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, finalmente, a proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

De esta manera, la Constitución advierte desde un principio que no todas las personas se encuentran en igualdad de oportunidades frente a la ley, razón por la cual identificó los grupos sociales que por sus condiciones físicas, mentales o económicas se encuentran en una clara desventaja frente a los demás, y en evidente estado de vulnerabilidad. Por ello, la Constitución contiene normas que rompen con esa desigualdad, asegurando una especial protección, y garantizando una igualdad real y efectiva frente a la ley.

De esta manera se establecieron normas de especial protección respecto de los niños, de quienes se ha señalado que sus derechos prevalecen sobre los demás (Art. 44 y 50)¹, la especial protección que se debe prodigar por parte del Estado, la sociedad y la familia a las personas de la tercera edad (Art. 46), el deber del Estado para desarrollar y ejecutar políticas de prevención, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Art. 47). Y finalmente, la protección especial que deberá darse a las mujeres durante su embarazo y después del parto, y con mayor razón cuando ésta sea cabeza de familia (Art.43)².

¹ El artículo 44 de la Constitución Política dice así:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, **la integridad física, la salud** y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (negritas fuera del texto original)

² El artículo 43 de la Constitución Política dice:

“ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. **Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado**, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

“El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia».” (negritas fuera del texto original)

Ahora bien, en relación con la especial protección que se debe dar la mujer embarazada y en período de lactancia, es importante recalcar que dicho amparo tiene desarrollo normativo en múltiples niveles. Por una parte, existe dos ámbitos fundamentales de amparo a la mujer y estos tiene que ver con:

- i) el derecho a obtener el reconocimiento de una prestación económica como parte de su licencia de maternidad, la cual se complementa con la posibilidad de descansar durante un tiempo legalmente establecido a fin de garantizar su recuperación física y de asegurar el desarrollo normal de su hijo durante su primera etapa de la vida, y por otro lado,
- ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada,³ que garantiza a la madre la posibilidad de asumir su maternidad con responsabilidad y tranquilidad, sabiendo que su derecho al trabajo se verá garantizado mientras cumple con este período inicial como madre, sin ser objeto de discriminación de ninguna índole.⁴

Ciertamente estos dos ámbitos de protección especial que tienen su origen verdadero en conceptos jurídicos de raigambre constitucional, tienen amplio desarrollo y regulación a nivel legal a través de múltiples normas contenidas tanto en el Código Sustantivo de Trabajo, como en la profusa normatividad de Seguridad Social que se ha desarrollado para tal efecto.

La importancia de garantizar la protección constitucional de la mujer en embarazo, esta dada también en la posibilidad de que este derecho se proteja en razón a la conexidad que éste tiene con derechos como la dignidad, la igualdad, al mínimo vital, etc.⁵, pudiendo en consecuencia, ser amparados por vía de la acción de tutela.

Pero; además, el ámbito de protección dado a la mujer embarazada también involucra al Estado Colombiano en el plano internacional, llevándolo a tomar posiciones muy claras a través de sus diferentes ramas del poder. En efecto, la Corte Constitucional al pronunciarse en relación con la constitucionalidad de artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968,⁶ dijo:

'Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que *'la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales'*. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que *'se debe conceder especial protección a las*

³ Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia T-1913 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁵ Sentencia T-1013 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ En dicha providencia, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte declaró la constitucionalidad de las normas demandadas condicionando su exequibilidad al entendimiento de que el despido debía siempre estar autorizado por el Ministerio del Trabajo, quien debía verificar la existencia de la justa causa de terminación del vínculo laboral.

madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar *'todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo'* a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, *'el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano'*. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo.⁷

De la misma manera indicó:

“En el mismo artículo 11 numeral 2º literal b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se consagra que los Estados deben *'implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales'*; y más adelante en el artículo 12 numeral 2º. se recaba en el deber del Estado de suministrar servicios adecuados y garantizar la nutrición durante el embarazo, el parto y el post-parto.”⁸

De esta manera, luego de sentar su posición en materia de control constitucional, la Corte ha sido coherente al garantizar en varios de sus fallos de tutela, la primacía de los derechos constitucionales frente a normas legales que exigen el cumplimiento estricto de requisitos meramente formales con los cuales se asegure la protección especial a la mujer embarazada o en lactancia y a su hijo recién nacido.

Pero ciertamente, la especial protección instituida en todos los ámbitos legales respecto de la mujer embarazada y de su hijo recién nacido, ha de materializarse con mayor razón y de manera irrestricta, en aquellos casos en los cuales su desprotección o el desconocimiento de dichas garantías fundamentales, pongan en peligro otros derechos como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital entre otros.

En efecto, la Corte ha sido muy prolífica en su jurisprudencia de tutela⁹ en relación con aquellos casos en los que ha protegido por esta vía judicial

⁷ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Sentencia T-640 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ La Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia en los siguientes casos: T-270 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-662 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-210 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-365 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-558 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; T-805 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-467 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-706 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-765 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-950 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-978 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1090 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-157 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-

excepcional, el desconocimiento de las garantías especiales de las mujeres embarazadas o que han dado a luz recientemente, a quienes les han negado la posibilidad de reclamar el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad, en tanto dicha suma de dinero aseguraba su mínimo vital y el de su hijo. Así, en sentencia T-788 de 2004, la Sala Segunda de Revisión de la Corte señaló:

“el pago de la licencia de maternidad, tal como sucede con el resto de acreencias laborales, sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se hayan cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.¹⁰

Pero ¿qué se ha entendido entonces como la afectación del mínimo vital como consecuencia del no reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad? Sobre el particular la Corte en sentencia T-408 de 2006¹¹, dijo lo siguiente:

“Al hablar de mínimo vital se hace referencia a un derecho constitucional innominado que se desprende de una interpretación sistemática del estatuto Superior y que se puede definir, en términos generales, como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna, con las condiciones suficientes para desarrollar aquellas facultades de las que puede gozar la persona humana¹².

“Se trata, entonces, de un concepto amplio y pragmático que debe interpretarse siempre de manera extensiva, más no restrictiva. Su contenido, aunque indeterminado, ha sido delimitado progresivamente por esta Corporación, al circunscribirlo no solo a las necesidades básicas de alimentación y vestuario, sino también a las relativas a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente¹³.

“(…)

“Finalmente, y tan importante como los desarrollos ya mencionados, es el carácter cualitativo y específico de este derecho, lo que se traduce en que la determinación del mismo obedece a la valoración de las necesidades básicas de los peticionarios involucrados en cada caso, en particular, con base en criterios metodológicos cualitativos y flexibles,

158 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-159 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-160 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-694 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-736 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1002 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-880 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-885 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-323 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

¹² Corte Constitucional, Sentencias T-426 de 1992, T-125 de 1994 y T-458 de 1997, entre otras.

¹³ Corte Constitucional, Sentencias T-011 de 1998, SU-995 de 1999 y T-1006 de 1999, entre otras.

más allá de los cuantitativos y rígidos. A partir de esta importante consideración, se introdujo el adjetivo congrua para cualificar el verbo subsistencia y así condicionar el contenido del mínimo vital de las personas, a su nivel de vida acorde con su posición social¹⁴

"(...)

"En consecuencia, no es preciso ni acertado sostener que no se afecta el mínimo vital del núcleo familiar de la Señora Rodríguez Cortés cuando no le es cancelada completa y oportunamente la licencia de maternidad a que tiene derecho. Al contrario, por estar condicionada la delimitación de este derecho fundamental, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, es forzoso concluir que al desaparecer la única fuente de ingresos de la peticionaria durante cerca de tres (3) meses, disminuye ostensiblemente para ella, la posibilidad de mantener las condiciones de subsistencia suyas y de su familia con el mismo rango de favorabilidad en que se encontraban antes del alumbramiento."

Establecida de esta manera, la especial protección constitucional a la mujer embarazada, es pertinente abordar el tema relativo a la procedencia de la acción de tutela en el caso de las licencias de maternidad.

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD

La Corte Constitucional en materia de licencia por maternidad ha propugnado por armonizar la Constitución con las disposiciones legales que regulan la materia. Respecto del origen constitucional de esta prestación laboral, el artículo 43 de la carta 1991 establece:

"La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". (Subrayado fuera de texto).

En la misma línea de protección, el artículo 44 de la Constitución consagra como prevalentes los derechos fundamentales de los niños, los cuales también son objeto de protección cuando se trata del pago de la licencia por maternidad. Tales derechos fundamentales son: "(...) *la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada...*", de éstos derechos se deriva el complemento o sustento económico contenido en la licencia por maternidad que permite la satisfacción de las necesidades básicas arriba transcritas y contenidas en los artículos enunciados de la Constitución.

La fuente de orden legal proviene del ordenamiento jurídico laboral, expedido con anterioridad a la Constitución de 1991, el cual consagra la licencia como una protección a la maternidad y a los menores. Por ejemplo, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-146 de 1999, T-1103 y SU 1354 de 2000, entre otras.

entrar a disfrutar del descanso.

La Corte Constitucional ha realizado la finalidad de la licencia por maternidad, en cuanto se orienta no solo a la recuperación física de la madre sino a la necesidad de que ella cuente durante dicho tiempo, con recursos económicos que le permitan satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su hijo recién nacido.

En la Sentencia T-543 de 2006, la Corte reiteró que la licencia por maternidad tiene como propósito reconocer y pagar a favor de la madre, un descanso que le “[permita] *recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.*”

De la misma forma, la Corte en Sentencia T-559 de 2005, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto: “...*permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida.*”

Bajo esta misma línea en Sentencia T-664 de 2002, la Corte sostuvo que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital tanto de la madre como del menor y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

“...el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa.”

“...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.” (Subrayado fuera de texto).

INAPLICACIÓN DEL PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LICENCIA DE MATERNIDAD.

Respecto al periodo mínimo de cotización al sistema de salud con el fin de reconocer y pagar la licencia de maternidad, el artículo 3 numeral 2 del Decreto reglamentario 47 de 2000, señala:

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

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...)”.

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

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

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

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

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

(ii) El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que *"si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar"*

más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.

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

OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL PAGO DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD

Hasta antes de la expedición de la sentencia T-999/03 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, el criterio imperante para reconocer la licencia por maternidad a través de la acción de tutela, era si su pago se había solicitado dentro del término de los 84 días que establece la ley, posteriores a la fecha del parto. A partir de la citada Sentencia, se adoptó como criterio para disponer el pago de la licencia por maternidad a través de la acción de tutela, el que ésta se hubiere solicitado a la EPS dentro del término de un (1) año, contado a partir del parto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"...Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación"

III. EL CASO CONCRETO

Conforme los antecedentes expuestos, la señora MARIA ANGELICA VÉLEZ RUÍZ, actuando en nombre propio, instauró la presente acción de tutela contra LA NUEVA EPS Y MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ, reclamando la protección del derecho fundamental del mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad para el pago de la quincena del 30 de noviembre del 2023, por cuanto LA NUEVA E.P.S se ha negado a pagar dicha licencia.

De acuerdo con estos planteamientos, le corresponde al Despacho definir si se debe conceder o no el amparo constitucional pretendido, por la materna y la orden de recobro a favor de la E.P.S accionada.

Para tal efecto debe acudir a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional cuyas decisiones constituyen doctrina Constitucional de obligatorio acatamiento, so pena de vulnerar la propia Ley suprema, como lo advirtió esa máxima autoridad en cita según la cual *"...resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina..."* (Sentencia T 175 del 08 de abril de 1997).

Para tal efecto, se debe tener muy en cuenta que para este caso se cuenta con lo que la máxima falladora en materia constitucional ha establecido en innumerable pronunciamiento entre los que se pueden invocar la Sentencia T 049 del 2011, y la Sentencia T 554- 2012 para definir concretamente si se ha debido ordenar o no que a la accionante la E.P.S accionada le pague la licencia de maternidad otorgada en razón del parto que tuvo el 26 de noviembre del 2022.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad.

En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios¹⁵. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable¹⁶.

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 nacimiento¹⁷; y (ii) ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo¹⁸.

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 presume una vulneración del derecho a la vida¹⁹.

6. Inaplicación del período mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional en materia de licencia de maternidad.

Respecto al periodo mínimo de cotización al sistema de salud con el fin de reconocer y pagar la licencia de maternidad, el artículo 3 numeral 2 del Decreto reglamentario 47 de 2000²⁰, señala:

¹⁵ Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

¹⁶ Sentencia T-368 de 2009.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Sentencia T-475 de 2009.

¹⁹ Sentencias T-368 y T- 475 de 2009. 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”.

²⁰ “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”.

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

(...)

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...)"

Del precepto se infiere que uno de los parámetros que se debe tener en cuenta a la hora del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud, es que la afiliada haya cotizado durante todo el tiempo de la gestación. Postura ésta, que fue utilizada por este Tribunal, teniendo como consecuencia, la negación del amparo constitucional en razón a que la madre no había cotizado durante el periodo del embarazo²¹.

Luego, esta Corporación con base en la especial protección constitucional de las mujeres en estado de gravidez y los niños (as) que acaban de nacer, modificó tal posición en razón a que la condición prevista en dicho precepto "haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital"²². Por lo anterior, la Corte ha inaplicado la citada disposición legal y ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pese de que la persona no haya cotizado a la E.P.S. en el transcurso del periodo de gestación²³.

Por ello, se han adoptado diferentes posiciones en relación al tiempo de cotización necesaria para poder acceder a dicha prestación y la proporción que se debe pagar²⁴. En sentencia T-206 de 2007 esta Corporación señaló que "entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa"²⁵.

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

²¹ Sentencias T-475 y T-127 de 2009.

²² Sentencia T-475 de 2009 y T-204 de 2008.

²³ Sentencia T-475 de 2009.

²⁴ Sentencia T-475 de 2009 y T-127 de 2009.

²⁵ Ídem.

- (i) *En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe "tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido"²⁶.*
- (ii) *El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó"²⁷.*
- (iii) *Con base en el principio pro homine se debe emplear "la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas"²⁸.*

Descendiendo al caso concreto se tiene que la actora MARIA ANGELICA VÉLEZ RUÍZ adujo que LA NUEVA E.P.S se niega al pago de su licencia de maternidad por considerar que no se cumplió con la exigencia del tiempo de cotización continua, y ciertamente ese es el argumento que la accionada esgrime en su extemporánea contestación al libelo apoyada en la normatividad que regula esos pagos, exigiendo que la trabajadora hubiere cotizado durante todo su período de gestación.

No obstante, en buena hora la Corte Constitucional en la sentencia T-554 de 2012 y en otras muchas, ha determinado que esa normatividad restrictiva no puede tenerse como argumento suficiente para denegar el pago de la licencia de maternidad, sino que debe atenderse a las circunstancias propias de quien goza de especial protección constitucional, en decir, para este evento, la mujer o la accionante aquí Sra. MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ después del parto, no logró cotizar durante todo su periodo de gestación, por lo que se ordena el pago de la licencia de manera PROPORCIONAL de acuerdo a lo establecido por EL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL en el Decreto 2353 del 2015, pues de esta manera la accionante puede acceder al goce de su prestación económica de la que depende su propia subsistencia y la de su bebé, es decir que para ambos significa el mínimo vital, sin el cual quedaría desprotegida la madre,

²⁶ Sentencia T-1223 de 2008.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

con evidente violación a los derechos de la mujer, mujer trabajadora, e igualmente desprotegido su bebé recién nacido, y más cuando no de otra manera puede obtener ingresos económicos, pues es obvio que su estado post parto no le permiten trabajar o desarrollar sus normales actividades laborales, como también se lo impide su obligación natural y legal de atender a hijo quien se encuentra en el estado máximo de indefensión y por el que goza de la correlativa máxima protección constitucional y legal, y tan cierto es que a la madre para que pueda atender debidamente a la criatura se le concede un período de licencia remunerada.

De conformidad con lo expuesto es claro que procede la protección a su derecho al mínimo vital de la madre demandante y de su bebé recién nacido, por lo que mediante esta acción de tutela que fue presentada oportunamente, esto es dentro de los tres meses siguientes al parto, puede ordenarse que se le haga el pago efectivo que a ella se le hace indispensable para poder **atender sus inmediatas y propias necesidades vitales y el cuidado y atenciones también de carácter vital que demanda su bebé.**

Por otro lado, se procederá a desvincular de la acción constitucional a la señora MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ (empleadora de la accionante), toda vez que dentro del plenario se logró demostrar que si bien la empleadora pagó extemporáneamente los aportes al sistema de seguridad social de la trabajadora MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ, LA NUEVA E.P.S **no efectuó ninguna acción de cobro**, entonces, así las cosas no puede negarse la empresa promotora en salud a brindar al usuario el pago de una incapacidad o licencia ya que estamos frente a la figura de **ALLANAMIENTO EN MORA**. Y no puede alegar que no puede prestar todos los servicios a los que diera lugar por cuanto aceptó dicha situación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital a la señora **MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ**, identificada con C.C. 1.040.754.840.

SEGUNDO. ORDENAR a **LA NUEVA E.P.S** que en no menos de cuarenta y ocho **(48) horas hábiles** siguientes a la notificación de este fallo disponga lo necesario para el reconocimiento pecuniario respecto a la licencia por maternidad de la señora **MARIA ANGÉLICA VÉLEZ RUÍZ**.

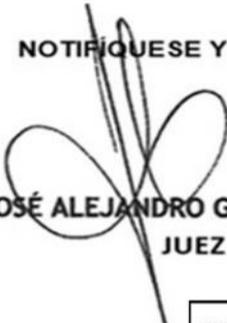
TERCERO: DESVINCULAR a la señora **MILENA MARÍA GARCÉS RUÍZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: NOTIFICAR a quienes concierne el contenido de esta providencia en forma personal o por otro medio expedito y eficaz, conforme lo prevén los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991, previniendo a la accionada **NUEVA EPS S.A.** de las sanciones por desacato que le puede acarrear el incumplimiento de las órdenes impartidas, y para que en el futuro se abstenga de incurrir en actuaciones

que puedan vulnerar los derechos fundamentales de sus usuarios.

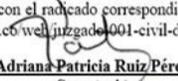
QUINTO: ORDENAR la remisión del expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, si no fuere impugnada esta decisión. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO
JUEZ

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

En la fecha, digitalmente generada, se notifica la providencia precedente, personalmente con su remisión y por ESTADOS ELECTRÓNICOS (la cual, inclusive para efectos de constatar su autenticidad, hallará alojada en el Micrositio asignado a este Juzgado por la Rama Judicial, en la fecha y con el radicado correspondiente, en la siguiente dirección: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-001-civil-del-circuito-de-medellin/105>).


Adriana Patricia Ruiz Pérez
Secretaria

MA