



**JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C, quince (15) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación: 1100133350172022-00031-00¹

Accionante: Wendy Natalia Contreras Becerra

Accionada: Nueva E.P.S.

Sentencia No. 16

No encontrando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar sentencia de primera instancia en la Acción de Tutela de la referencia teniendo en cuenta los siguientes.

Antecedentes

Solicitud: El 04 de febrero de 2022, la señora Wendy Natalia Contreras Becerra, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la entidad previamente referida por estimar vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, consagrados en la Constitución Política.

Pretende la tutelante, por intermedio de la presente acción se ordene a la demandada efectuar el reconocimiento y pago de la Licencia de Maternidad prescrita mediante orden médica según incapacidad No. 7339713 por un total de 126 días entre el 31 de octubre de 2021 y el 06 de marzo de 2022.

Contestación – Nueva EPS: Guardó silencio.

Competencia. Este despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una autoridad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000, Decreto 1983 de 2017 y Decreto 333 de 2021.

Legitimación por activa. La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.²

En el presente asunto la acción de tutela es interpuesta por la señora Wendy Natalia Contreras Becerra, en nombre propio como ciudadana inscrita en a los servicios de salud de la Nueva EPS, entidad que, según manifiesta, se rehúsa a efectuar el pago de la Licencia de Maternidad, por mora en el pago de la cotización del mes de octubre de 2021, pago recibido por la eps en diciembre del mismo año sin objeciones por parte de la entidad prestadora de salud, lo que evidencia que la actora se encuentra legitimada para formular la presente acción.

¹ secretaria.general@nuevaeps.com.co contrerasnatalia533@gmail.com

² El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto. En el presente caso la Nueva EPS, como entidad prestadora de los servicios de salud es la entidad a la que corresponde efectuar el pago de las licencias de maternidad a sus afiliados. Al revisar el material probatorio allegado con el escrito tutelar, se puede corroborar la afiliación de la accionante a la Nueva EPS, afirmación respaldada con la información arrojada por el sistema de consulta de afiliados al sistema de seguridad social en salud "ADRES", que muestra a la actora activa como cotizante de la entidad ahora accionada desde el 01 de agosto de 2008, por lo que a consideración del Despacho la entidad demandada está legitimada para comparecer al presente asunto como sujeto pasivo de la demanda.

Requisitos generales de la procedencia de la tutela:

Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esa Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tomaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

En el caso analizado la señora Wendy Natalia Contreras Becerra, formuló solicitud de pago de la Licencia de Maternidad prescrita mediante orden médica según incapacidad No. 7339713 por un total de 126 días entre el 31 de octubre de 2021 y el 06 de marzo de 2022, requerimiento rechazado por la accionada mediante oficio del 31 de enero de 2022 por presentar mora en el pago del mes de octubre de 2021. La presente acción constitucional fue radicada el 04 de febrero de 2021, lapso prudente y razonable respecto al hecho y la conducta de la autoridad que causa la presunta vulneración de su derecho fundamental³.

Subsidiariedad: En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Al respecto, la **Corte Constitucional** ha explicado la subsidiariedad así:

"La Constitución Política de Colombia prescribe sobre la acción de tutela: "artículo 86: (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiaria. Esto es, únicamente procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o, en el evento en el cual,

³ La jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concurra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló: "El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que "... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros"(Resaltado por el Despacho.)

a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que “cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto”.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judicial de los cuales pueda hacer uso el accionante. En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente.

Esta restricción a la protección por vía de tutela no resulta sin fundamento o simplemente caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del derecho al debido proceso, como es la aplicación de los procedimientos establecido para cada caso”⁴.

Como se indicó la señora Wendy Natalia Contreras Becerra, en nombre propio, formula acción de tutela para lograr el pago de la Licencia de Maternidad prescrita mediante orden médica según incapacidad No. 7339713, con el objeto de sufragar los gastos que normalmente efectúa como trabajadora independiente y con el objeto de suplir sus necesidades y las de su hija recién nacida, pues manifiesta depender únicamente de los ingresos que obtiene como fruto de su trabajo y en virtud a la incapacidad por maternidad ve suspendidos temporalmente sus ingresos, por lo que requiere el auxilio económico como cotizante en la EPS

En el presente asunto se encuentran involucrados los derechos fundamentales de una niña recién nacida y una madre cabeza de familia, sujetos calificados por la H. Corte Constitucional, como pasivos de especial protección.

Se estima que el presente asunto cumple con los requisitos que avalan la procedencia de la acción⁵, toda vez que, es un caso de relevancia constitucional como quiera que se trata de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, la accionante no tiene otro mecanismo de defensa, se identificaron de manera razonable los hechos, no se trata de una sentencia de tutela, y ha transcurrido un tiempo razonable desde que se elevó la solicitud a la fecha de presentación de la acción.

Problema jurídico: ¿la Nueva EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, por no reconocer y pagar la licencia de maternidad expedida por el médico tratante de la accionante, argumentando el pago extemporáneo del aporte correspondiente al mes de octubre de 2021?

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-524/2011, M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

⁵ Sentencia C-590 de 2005, estableció un conjunto sistematizado de requisitos de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela son los siguientes:

“- Que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional. Para la Corte, el juez de tutela no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos cuya determinación corresponde a otras instancias judiciales.
-Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, caso en el cual se podrá conceder el amparo como mecanismo transitorio de defensa judicial.
-Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
-Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
-Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados.
-Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida”.

Procedencia de la acción de tutela para exigir el pago de la licencia de maternidad y el derecho al mínimo vital: Al respecto, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en Sentencias como la T-690 de 2009:

“3. La licencia de maternidad y su amparo constitucional. La procedencia excepcional de la tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad cuando se afecta el derecho al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia:

Esta Corporación, en múltiples sentencias ha sostenido que el artículo 13 de la Constitución Política establece una especial protección respecto de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres embarazadas. Específicamente, el artículo 43 ibídem, sentó la base superior de protección a las mujeres, sin discriminación alguna, durante el embarazo y después del parto, período en el que tendrán derecho a recibir un subsidio por parte del Estado si estuvieren desempleadas o desamparadas, o a recibir un descanso remunerado por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sin importar si son trabajadoras dependientes o independientes.

La licencia de maternidad cumple una doble función, cual es, por un lado brindar un descanso remunerado a la madre para que se recupere del parto y, por el otro, ofrecerle al recién nacido la posibilidad de lograr toda la atención por parte de su madre durante los primeros meses de vida, pues la llegada del nuevo miembro demanda gastos, cuidados y atenciones especiales que solo aquella puede suministrarle.

Ese descanso va acompañado del pago de una suma de dinero que resulta importante para la madre que ha dado a luz, así como para el desarrollo del niño o de la niña, el cual debe ser cancelado por la EPS a la que se encuentra afiliada aquella, siempre que se cumplan con los requisitos legales para su pago, o por el empleador en caso contrario.

También ha establecido la Corte, especialmente en sentencias T-727 de 2007 y T-136 de 2008, que el reconocimiento y pago de la licencia maternidad no es, en principio, un derecho fundamental susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela. No obstante, cuando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido se encuentran amenazados por el no pago de la prestación económica de maternidad, ésta deja de ser un derecho de carácter puramente legal sometido a la justicia laboral, y se erige como de índole fundamental prevalente, cuya protección procede mediante la acción de tutela.

A partir de la sentencia T-999 de 2003, esta Corporación ha establecido que para que sea viable la acción de tutela, el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad debe ser planteado ante los jueces de tutela durante el año siguiente al nacimiento del menor.

De modo pues que, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la madre podrá reclamar a través de tutela el pago de la licencia de maternidad arbitrariamente negada, dentro del año siguiente cuando (i) cumple con los requisitos legales para acceder al derecho, y (ii) se vulnere su derecho al mínimo vital.

En tratándose de la primera exigencia, siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, así como en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000 y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236, se desprenden los siguientes requisitos que han sido sintetizados por esta Corporación de la siguiente manera:

- (i) Haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación;*
- (ii) Haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud;*
- (iii) Haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho y*
- (iv) No encontrarse en mora en dicho momento.*

Una vez se cumplan estos requisitos, es obligación de las EPS reconocer y hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad o, en su defecto, corresponde hacerlo al empleador. No obstante, la Sala resalta que esta Corporación ha dado un trato excepcional a los temas de allanamiento a la mora por parte de la EPS cuando el pago de cotizaciones ha sido extemporáneo, y la falta de coincidencia entre el período de gestación y el período cotizado, último caso que será objeto de estudio en líneas siguientes.

En cuanto a la segunda exigencia, la Corte ha precisado que la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, se presume (i)

cuando la madre devenga un salario mínimo legal mensual vigente o menos y, (ii) cuando el salario es su única fuente personal de ingreso “sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar” . Sin embargo, esta Corporación ha considerado que la EPS o su empleador pueden desvirtuar la presunción de la afectación del mínimo vital, demostrando, por ejemplo, que la actora tiene ingresos muy superiores a aquellos que originan tal presunción o que tiene otras fuentes propias de ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades”.

En lo que tiene que ver con los requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad, específicamente en cuanto al pago oportuno de las cotizaciones al sistema, la H. Corte de antaño a aplicado la figura del allanamiento a la mora, que consiste en la imposibilidad de que la E.P.S. niegue el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, bajo el entendido de que ésta, implícitamente, ha aceptado los pagos de salud, cuando el empleador o la cotizante independiente los ha realizado de forma tardía, sin que la entidad rechace la cotización, o se haya abstenido de hacer requerimiento alguno. Sobre el particular en sentencia T- 708 de 2017, señaló:

“(…) Como se expresó en el punto anterior, la obligación de la trabajadora de cancelar de manera oportuna los aportes y cotizaciones ante la EPS respectiva a fin de garantizar su derecho a la salud, constituye una de las principales obligaciones a cargo de la cotizante, ya que pretende garantizar la protección de la madre y del recién nacido, incluyendo el parto y el pago de la licencia por maternidad.

*En efecto, la jurisprudencia de esta corporación, atenta y conocedora de esta circunstancia, y ante el argumento de las entidades prestadoras de salud de estimar el pago tardío para rechazar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ha desarrollado la figura del allanamiento a la mora, para darle paso al pago de la licencia de maternidad en garantía de los derechos de la madre y su hijo recién nacido. Por ejemplo en la Sentencia T-559/05 se expresó lo siguiente: “Cabe puntualizar que esta consideración [el allanamiento a la mora] no solamente es aplicable en el caso de que sea el empleador quien realice las cotizaciones de forma tardía, sino también cuando estamos frente a un trabajador independiente, ya que se parte del mismo supuesto, concretamente, con esto se busca la protección efectiva de los derechos de la madre y del recién nacido durante sus primeras semanas de vida en desarrollo del mandato constitucional. Es importante señalar que, en el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, ya que en el caso de éstas últimas, ante el no pago de la licencia por parte de la E.P.S. correspondiente, las madres tienen la posibilidad de cobrar el auxilio de maternidad a su empleador, cuando la negativa en el pago por parte de la entidad promotora de salud se debe a un incumplimiento en las obligaciones que tiene éste para con el sistema. En cambio, cuando estamos ante un caso de una trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido”. Bajo este mismo argumento la sentencia T-543/06, influenciada por la T-636/04 concluyó: “...Esta Corporación ha sostenido que si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación, ésta última no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”. “Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias o de forma incompleta y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el fenómeno del “Allanamiento a la mora”. En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos”. **En conclusión, aunque la trabajadora independiente haya cancelado de manera extemporánea las cotizaciones para salud, si la EPS acepta y recibe su pago en tales condiciones, quiere decir que se allanó a la mora respectiva, por lo que no puede tal entidad posteriormente negar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que se presentaría una contradicción entre el dinero pagado y el deber de proteger la contingencia que lo requiera; es decir por el simple hecho de la aceptación de la cancelación del dinero se configura el allanamiento a la mora. Esta circunstancia genera la obligación de proteger la contingencia que requiera el afiliado al sistema de salud. Esta sala reitera tal criterio, para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, siempre y cuando se constate la violación de los derechos fundamentales a la protección especial en estado de Embarazo, a una vida digna, a la seguridad social y a la igualdad de la madre y del recién nacido. (...)**”*

Ahora, en lo que toca con el requisito de periodo mínimo de cotización para que se torne procedente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-475 de 2009, de la siguiente manera:

“5. Requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Inaplicación del periodo mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

5.3. Más recientemente, en la Sentencia T-1223 de 2008, la Sala Segunda de Revisión sentó las siguientes subreglas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando la madre no cotiza durante todo el periodo de gestación y el pago completo o proporcional de dicha prestación:

(i) El requisito legal que establece que la madre debe 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 la licencia de maternidad debe ser total o parcial, dependiendo del tiempo que se dejó de cotizar; de esta forma, “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”.

(iii) Con fundamento en el principio pro homine se debe aplicar “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”.

Caso en concreto: Abordando el asunto en estudio, ha de indicarse, que si bien en un principio la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela no era el mecanismo adecuado para solicitar el pago de acreencias laborales, como lo es la licencia de maternidad, dicho criterio ha sido replanteado en diversos pronunciamientos, abriéndose el camino al amparo constitucional de esa prestación económica bajo los razonamientos de protección de garantías superiores de la mujer gestante y del niño recién nacido, así, la referida Corporación definió dos requisitos para considerar la acción de tutela como el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siendo estos: i) que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento⁶, y ii) que ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo⁷.

En el presente caso, se observa que la acción de tutela fue presentada el 04 de febrero de 2022, esto es, dentro del año siguiente al evento generador de dicha incapacidad el cual acaeció el día 31 de octubre de 2021, según se evidencia del Registro Civil de Nacimiento, de la propia incapacidad e historia clínica allegada, por otro lado se encuentra demostrado el no pago por parte de la EPS accionada de la licencia de maternidad, según lo consignado en el Oficio No. 1843020 del 31 de enero de 2022, generándose así la presunción de vulneración del mínimo vital de la accionante y su hija, que dentro del trámite no fue desvirtuada por la EPS pues la entidad requerida guardó silencio y más aún cuando el término de la licencia de maternidad aún no ha fenecido pues finaliza el 06 de marzo de 2022, por lo que la cancelación inherente a dicha prestación se constituye en el único ingreso que puede percibir la accionante, pues no está laborando pero sí necesita solventar sus gastos y los de su hija recién nacida, por su condición de madre cabeza de familia dependiente únicamente de sus ingresos como trabajadora independiente, afirmación que tampoco fue desvirtuada por la Nueva EPS.

Así mismo debe precisarse que pese a que la acción de tutela es un mecanismo residual y por ningún motivo puede reemplazar o ser utilizado cuando existan vías judiciales alternas, como lo puede ser la

⁶ T 216 de 2010

⁷ T 554 de 2012

Jurisdicción ordinaria laboral o la Superintendencia Nacional de Salud, lo cierto es que en el presente caso, la tutela resulta ser el medio idóneo para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de la accionante, pues se trata de una madre que acaba de tener a su hija y que no cuenta con otro ingreso adicional toda vez que no laboró durante el término de la incapacidad, por tal motivo resulta procedente el amparo a fin de conjurar un perjuicio irremediable, ello conforme se evidencia del mismo escrito tutelar.

Continuando con el derrotero propuesto, ha de decirse que de los hechos expuestos y de las pruebas allegadas en la presente acción constitucional, se deriva que la accionante dio a luz a su menor hija en el mes de octubre de 2021, y que para esa fecha, estaba afiliada en el sistema de seguridad social en salud en Nueva EPS, según los documentos anexados y la consulta al Sistema de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud - ADRES, situación que le acarreó que le fuera otorgada una licencia de maternidad por 126 días por parte de su médico tratante, a partir del 31 de octubre de 2021 hasta el 06 de marzo de 2022.

Según lo informado por la accionada, Nueva EPS, en su memorial mediante el cual niega el reconocimiento económico a la fecha, no ha sido cancelada por no haber realizado el pago de cotización en forma oportuna el mes en el cual se causó el derecho, esto es el mes de octubre del año 2021.

Al respecto, cabe recordar que de conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto aun cuando el empleador y/o cotizante independiente haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, la EPS se allanó en la mora, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora.

En este caso y de cara a lo ya expuesto, ha de señalarse que revisados los autos no hay evidencia alguna que demuestre que la EPS, haya requerido a la accionante, por ser ésta cotizante independiente, para constituir la mora por el pago del aporte a salud del mes de octubre, y por el contrario, se advierte que Nueva TOTAL EPS aceptó la cancelación del mismo al recibirlo el pasado 03 de diciembre de 2021, tal como lo reconoce en la respuesta ofrecida a la actora y se observa del certificado de aportes, de manera que si existió una mora, la misma se purgó y no puede ser éste el fundamento para negar el reconocimiento y pago de la prestación pretendida mediante esta acción, ello pues la demora en la cancelación se superó, la EPS se allanó a la mora por lo que la entidad prestadora de salud sí debe reconocer y cancelar la prestación a la que se ha venido haciendo referencia, pues el argumento aducido para su negación no encuentra asidero en la jurisprudencia constitucional.

Superado el tema de la procedencia de la presente acción, así como del allanamiento a la mora acaecido, se debe analizar de otro lado el aspecto referente a cuál es el valor que se debe cancelar de la licencia de maternidad, pues la Corte Constitucional ha señalado que cuando no se ha cotizado durante el tiempo completo de la gestación, se deben sumar el número de semanas cotizadas para determinar el monto de la licencia de maternidad, aduciendo que si se dejó de cotizar menos de dos meses del periodo de gestación, se cancela la prestación en forma completa y si es mayor el tiempo dejado de cotizar en forma proporcional.

En virtud de lo anterior, no existe ningún argumento para que Nueva EPS, no haya cancelado la licencia de maternidad, por lo que se concederá el amparo solicitado y se le ordenará que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a favor de la actora, en forma completa, si a ello hay lugar o proporcional a los días cotizados siempre y cuando se sustente tal circunstancia, y respetando el derrotero jurisprudencial que señala que si se dejó de cotizar menos de dos meses del periodo de gestación, se cancela la prestación en forma completa y si es mayor el tiempo dejado de cotizar en forma proporcional.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO-Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social de la señora Wendy Natalia Contreras Pachón, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-Ordenar al **Nueva EPS**, que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este proveído, reconozca, liquide y pague la licencia de maternidad a la señora **Wendy Natalia Contreras Pachón**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.030.685.189 de Bogotá, siempre y cuando la actora haya dejado de cotizar menos de dos meses del período de gestación, en caso de no ser así, esto es, que haya superado los dos meses sin cotizar de cara al tiempo de gestación, deberá pagar dicha prestación en forma proporcional a los días cotizados, circunstancia que debe encontrarse debidamente acreditada a fin de respetar el derrotero jurisprudencial traído a colación en esta providencia, lo anterior según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

En cumplimiento de lo anterior, la demandada debe presentar al correo que a continuación se indica copia del acto, junto con la constancia notificación al correo correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co para el correspondiente registro por el sistema Siglo XXI

TERCERO.- Notificar a las partes por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991; en caso que la acción sea excluida de una eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al archivo inmediato del expediente, con el correspondiente registro en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JARA

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:

9866e3a66fc4332e22febaa49234ca7a9453775f54c8f5ef0cecea3e9d1df7bf

Documento generado en 17/02/2022 06:27:24 PM

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