RADICADO No. 503134089002-2020-00069-00
ACCIONANTE: ALLISON MARGERY TOVAR LEAL
ACCIONADO: CAPITAL SALUD EPS – INGENIERIA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S
ASUNTO: FALLO DE TUTELA

JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE GRANADA

Granada (Meta), diecisiete (17) de Julio de Dos mil Veinte (2.020)

OBJETO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponda dentro de la Acción de Tutela, promovida por la ciudadana **ALLISON MARGERY TOVAR LEAL** contra **CAPITAL SALUD EPS** e **INGENIERA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S,** por considerar vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital, vida digna y salud.

IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE

Se trata de la señora ALLISON MARGERY TOVAR LEAL, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.0006.689.164, quien recibe notificaciones en la Calle 27 N° 3-75 Barrio Villa Unión, Granada Meta, celular: 311 448 18 90, email: odenis1212@gmail.com

IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS DE QUIEN PROVIENE LA VULNERACIÓN.

La Tutela está dirigida contra E.P.S. CAPITAL SALUD, quien recibe notificaciones en la Carrera 39 N° 26B-11 Barrio Siete de Agosto, teléfono: 661 47 00 y al correo electrónico notificacionesjudiciales@capitalsalud.com, dianaciv@capitalsalud.gov.co, lauralp@capitalsalud.gov.com zoraidagh@capitalsalud.gov.co

Y contra INGENIERA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S, recibe notificaciones en la Calle 61 N° 46-39 Barrio Porfía, Villavicencio Meta, email: ing.consultoria@hotmail.com

DETERMINACIÓN DEL DERECHO VULNERADO

La señora ALLISON MARGERY TOVAR LEAL, solicita de este juzgado proteja su derecho a la salud, vida y mínimo vital, presuntamente vulnerados por CAPITAL SALUD EPS e INGENIERA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S

DE LOS HECHOS

Afirma la accionante,

> Para el día 14 de enero de 2020, le fue generada incapacidad por concepto de licencia de maternidad, la cual fue radicada ante INGENIERIA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S entidad donde labora.
>
> Agrega que para la fecha de presentación del escrito de tutela no ha sido reconocida la licencia de maternidad, situación que afecta su mínimo vital al necesitarla para solventar sus gastos y el de su núcleo familiar ya que no cuenta con más recursos.

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, reglamentado por el Decreto 1382 de 2000, artículo 1°, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

ACTUACION PROCESAL

Mediante auto del Seis (06) de julio de dos mil veinte (2020), Este Despacho asume el conocimiento de la acción de tutela, promovida por ALLISON MARGERY TOVAR LEAL contra CAPITAL SALUD E.P.S e INGENIERIA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S., unificándose en debida forma a las entidades accionadas.

En atención al pronunciamiento de la EPS accionada y al no observarse prueba sumaria que acreditará la reclamación adelantada por la accionante, por auto del 15 de julio, se requirió a la señora Allison Margery a fin de que aportara el soporto documental que diera razón a los expresado en los hechos de tutela.

RESPUESTA DE LOS ENTES ACCIONADOS

Capital Eps manifestó no haber sido radicada solicitud alguna por parte de la accionante donde solicitaría el reconocimiento de la licencia de maternidad demandada. Expuso que, ante el conocimiento derivado del traslado de tutela, inicio el proceso interno administrativo de

reconocimiento parcial de la prestación social. Finalmente expuso ser responsabilidad del empleador reconocer y cancelar la licencia de maternidad de la accionante, como quiera que fue la entidad a la cual fue radicada la solicitud y por existir moras en el pago de los aportes durante el periodo de gestación.

Para la fecha de esta decisión Ingeniería y Consultoría del Llano S.A.S, no realizó pronunciamiento alguno, a pesar de haber sido debidamente notificada del traslado de tutela por oficio N°1723 del 05 de julio de 2020.

La Superintendencia Nacional de Salud, solicito su desvinculación del estudio de tutela y expuso el marco legal del reconocimiento de la licencia de maternidad, aclarando que a solicitud del beneficiario debe ser tramitada ante su empleador quien adelantara los tramites con la EPS de afiliación. Finalmente refirió el procedimiento y responsabilidades derivados al existir mora en los pagos.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue concebida en el artículo 86 Superior, como la herramienta idónea para el amparo de los derechos fundamentales ante su transgresión o amenaza por parte de entes públicos o privados. De esta forma, el ciudadano puede recurrir a la administración de justicia en busca de la protección efectiva de sus derechos, respecto de lo cual el juez constitucional deberá impartir una orden dirigida a conjurar la vulneración o a que cese la prolongación de sus efectos en el tiempo.

El problema jurídico se concreta en determinar si CAPITAL SALUD E.P.S e INGENIERA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S, vulnera el derecho fundamental a la salud, dignidad y mínimo vital de la señora ALLISON MARGERY TOVAR LEAL, al negar el reconocimiento de la licencia de maternidad del 16 de enero de 2020 o si en atención a lo informado por la accionante y lo expuesto por la EPS Capital Salud el asunto ha recaído en bases de improcedencia por no existir vulneración derecho alguno, derivado del no cumplimiento del requisito de subsidiaridad.

PRECENDENTE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

La Corte Constitucional en materia de salud, ha hecho referencia a los tratados y convenios internacionales que han consagrado este derecho. Así, dentro de los numerosos instrumentos internacionales que reconocen la salud como derecho del ser humano, destaca de forma especial el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su artículo 12 que establece el derecho "*al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*", así como el profundo desarrollo que hace de este artículo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

Licencia de maternidad La licencia de maternidad se encuentra regulada en el artículo 1° de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017[31] en estos términos:

> "*Artículo 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 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. 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.*"

Por su parte, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

> "*Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
>
> *En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.*
>
> *En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración,*

en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Subsidiaridad de la acción de tutela.

Por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

CASO CONCRETO.

Frente el problema jurídico, resulta relevante resaltar la manifestación realizada por la accionante ante el requerimiento que le realizo este Despacho, el 15 de julio, manifestó que mediante envió por servicio de mensajería del 10 de julio de 2020, remitió a su empleador los documentos para el trámite de la licencia de maternidad objeto de estudio, situación que contradice notoriamente lo narrado en la parte fáctica del escrito de tutela y hace concluir que al momento de la radicación de la acción constitucional (06 de julio de 2020), no se había realizado el trámite de reclamación ante el empleador, es decir no se agotó el mecanismo contemplado por ley para reconocer el derecho presuntamente vulnerado, más aún si tiene en cuenta que la EPS accionada acredito estar en trámite el proceso de reconocimiento. En ese orden no puede este estrado constitucional amparar derechos que no han sido siquiera vulnerados, por ende, al no acreditarse el requisito de subsidiaridad debe negarse la pretensión de la accionante.

En ese orden de ideas y por las razones anteriores, este Juzgado negara por improcedente el amparo solicitado por la señora ALLISON MARGERY TOVAR LEAL por parte de CAPITAL SALUD EPS e INGENIERIA Y CONSULTORIA DEL LLANO S.A.S, por no haberse agotado el requisito de subsidiaridad que gobierna el estudio de la acción de tutela.

Por último, se dispondrá que para el caso de no ser impugnado el presente fallo de tutela se envíe a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

En mérito de lo precedentemente expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE GRANADA, META,** administrando justicia en nombre de la República, la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** por improcedente la presente acción de tutela, elevada por la señora **ALLISON MARGERY TOVAR LEAL,** contra CAPITAL SALUD EPS e INGENIERA Y CONSULTORÍA DEL LLANO S.A.S, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **DESVINCULAR** del presente estudio de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Secretaria Municipal de Protección Social y Económica de Granada Meta.

TERCERO: De conformidad con los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991, notificar en legal forma la presente decisión y de no ser impugnado, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LILIAN YANETH NÚÑEZ GAONA
Juez Segundo Promiscuo Municipal de Granada Meta.