



**DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO GAITÁN**

Puerto Gaitán, dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

TUTELA	2023-00134-00
ACCIONANTE	PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ
ACCIONADA	NUEVA EPS

Se pronuncia el Despacho en relación con la acción de amparo Constitucional deprecada por la ciudadana PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ contra la NUEVA EPS.

I. ANTECEDENTES

1. **PRETENSIÓN:** La señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ actuando en causa propia, solicitó que se le protejan sus derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD Y VIDA DIGNA**, que considera vulnerados por la accionada NUEVA EPS, por cuanto no le ha cancelado la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Manifiesta la accionante como **HECHOS** más relevantes que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS como cotizante independiente desde el mes de enero del año 2021, y actualmente activa en el régimen contributivo. Agrega que el día 07 de febrero de 2023 nació su hija JULIETA ULLOA PEÑA.

Narra que solicitó el pago de la licencia de maternidad, recibiendo respuesta negativa por parte de la accionada, y que el no pago de la licencia le ha vulnerado su mínimo vital y el de la de la recién nacida, por ser su único sustento, por lo que reitera le sean tutelados sus derechos y como consecuencia se ordene a la NUEVA EPS liquide y pague la licencia de maternidad.

2. RESPUESTA DE LA DEMANDADA:

La nueva EPS manifestó que no hay lugar al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, por cuanto la accionante canceló el aporte del periodo febrero de 2023 de manera extemporánea.

II. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer y fallar la presente Acción de Tutela, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 del 2000, 1983 de 2017 y demás Normas complementarias.

III. CONSIDERACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES

Conforme a lo consagrado en el Artículo 86 Constitucional, toda persona tendrá Acción de Tutela, para reclamar ante los Jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la Acción u Omisión de cualquier Autoridad Pública.

El Decreto 2591 de 1991 hizo extensiva esta Acción a los particulares en desarrollo de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 86 ya mencionado que dispone, que la ley establecerá los casos en los que la Acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, respecto de los cuáles el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Es entonces la Acción de Tutela un mecanismo jurídico, sencillo y expedito, dirigido a los Jueces y Magistrados y orientado a obtener el amparo contra los actos que violen, trasgredan o amenacen los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente. De esto dimana que, en el Estado Constitucional, cuyo fin supremo es la salvaguardia y protección de la vida, la Libertad, la Igualdad y la Dignidad Humana, no se puede concebir que alguno de los Derechos Fundamentales del ser humano se quede sin el amparo Estatal para su ejercicio efectivo y pleno.

Así mismo ha manifestado la Corte que dos características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico Colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez; la primera por cuanto no solo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de un instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser de que busque evitar un perjuicio irremediable (Artículo 86, inciso 3 de la constitución); la segunda, puesto que la acción ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación amenazado.

Entonces por ser la acción tutelar un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales de estirpe constitucional, de carácter residual, sólo procede – por regla general –, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial (inc. 3º art. 86 C. Pol.; núm. 1º art. 6º Dec. 2591/91), lo que significa que no es útil al propósito de ventilar asuntos que son resorte exclusivo de otro tipo de acciones judiciales.

De allí que la tutela “no cabe cuando al alcance del interesado existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos”, como tampoco “si el accionante dejó pasar la oportunidad que tenía, a la luz del ordenamiento jurídico en vigor, para utilizar los mecanismos de protección propicios, con miras a alcanzar sus pretensiones”¹. En ese sentido, la H. Corte Constitucional ha afirmado que la posibilidad de acudir a la acción de tutela “(...) sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión”².

Por regla general, mientras exista otro mecanismo de defensa judicial, se debe hacer uso del mismo para evitar un desplazamiento de las competencias ordinarias; pero igualmente, la propia Carta Política, a manera de excepción, habilitó el derecho de amparo como mecanismo transitorio (inc. 3, art. 86), aún ante la existencia de otro medio judicial, en aquellos casos en que se dirija a evitar un perjuicio irremediable, entendido como tal aquél que reúna los siguientes requisitos establecidos por la jurisprudencia: “(i) ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes; y, (iv) que la acción de tutela resulte impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad³; de suerte que si el accionante pretende soslayar la naturaleza subsidiaria que, como se dijo, caracteriza el derecho de amparo, no sólo debe alegar expresamente esa circunstancia, sino también aportar los elementos de juicio necesarios y convincentes que acrediten que dicha protección debe darse de manera transitoria, pues, en todo caso, no se remite a duda, que se deben respetar las competencias propias de las autoridades administrativas y/o judiciales frente a una situación de índole especial, máxime cuando estén de por medio discusiones de estirpe legal, como son – en línea de principio – las que atañen al reconocimiento de derechos laborales”.

¹ T-722 de 26 de noviembre de 1998; Cfme: SU-542 de 28 de julio de 1999.

² T-106 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell; Cfme: T-480 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-896 de 2007.

³ Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias T-225 de 1993, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

Sobre la carga de la prueba, cuando se alega un perjuicio irremediable a raíz de una situación laboral, la Corte Constitucional ha señalado que *"si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones"*⁴.

Debido entonces a las especialísimas características de la acción de tutela, es que se impone al juez constitucional hacer todo lo que esté a su alcance para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en cada caso, y para el efecto, cuenta con algunas facultades y deberes, entre los cuales se destaca, el de escudriñar tanto los hechos que puedan configurar una amenaza o vulneración de aquellos derechos, como precisamente todos los que puedan resultar afectados.

De cara a dicha finalidad, el funcionario no está sujeto ni limitado al contenido de la solicitud de amparo, sino que puede entre otras cosas, fallar incluso *ultra y extra petita*, esto es, pronunciarse sobre hechos y derechos que no hubiese sido expuestos e invocados en el escrito presentado por el accionante. Así mismo la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional; frente a ellos, la protección del derecho a la salud es ***reforzada*** debido a la situación de vulnerabilidad en la que en ocasiones se encuentran.

1. Problema jurídico.

Se trata de establecer si la acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; y en tal evento, si en el presente caso, es procedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

2. Análisis del caso concreto.

Prima facie, la acción constitucional no procedería para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica; empero, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que cuando ésta tiene importante vinculación con los derechos fundamentales de la madre o del recién nacido, el derecho al pago de la licencia de maternidad, concretamente, es susceptible de ser amparado por esta vía⁵.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, T-1088 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁵ T-497 de 2002 y T-664 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

A tal punto, se ha considerado que cuando se niega el reconocimiento de tal prestación, se presume que hay una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido, “por cuanto se considera que la madre y el hijo son sujetos de especial protección constitucional que, por lo mismo, requieren atención por parte del Estado para salvaguardar su mínimo vital y sus condiciones de vida dignas” y en tal virtud, los medios ordinarios no resultan idóneos para reclamar la prestación, ya que no son lo suficientemente ágiles para garantizar su pago.⁶

De tal suerte que en el caso que se examina, la omisión que ha generado esta acción Constitucional sin duda causa un perjuicio irremediable y por esta razón tanto el carácter subsidiario como de inmediatez para hacer cesar el acto vulneratorio del derecho procede por mandato constitucional.

Aunado a lo anterior, la señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ ha señalado expresamente la afectación de su **derecho al mínimo vital**, aseveración a la cual debe aplicarse –como lo ha dicho la Alta Corporación- la presunción de veracidad y buena fe.

Ahora bien, cobra credibilidad lo manifestado por la accionante en su demanda, no solo en virtud del principio de la buena fe, sino en lo expresado por la accionada en su contestación, concretamente en las razones para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Está acreditado que el salario que devenga y la accionada no desvirtuó la presunción de afectación del mínimo vital, demostrando que la accionante cuenta con otros ingresos que le garantizan una subsistencia congrua para sí y para su menor recién nacido.

El artículo 43 de la Carta Política consagró que la mujer, *“Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”* A partir de esta protección constitucional, y como lo ha señalado la Corte Constitucional, “se ha establecido que el Estado tiene el deber especial de proteger a las mujeres gestantes, y una vez se haya producido el alumbramiento, proteger especialmente la unidad que conforman el niño y su madre. De esta manera, se busca proteger a la familia como institución básica de la sociedad, en uno de sus momentos más vulnerables.”⁷

⁶ T-475 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁷ T-966 de 2010

En desarrollo de la anterior disposición superior, el legislador estableció en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, que **“el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC.”**; es decir, que dicha prestación económica es asumida por el sistema de salud, salvo en aquellos casos que se establezca que la licencia es responsabilidad del empleador.

La Corte Constitucional ha definido la prestación económica de la licencia de maternidad, como:

“(…) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento.”⁸

Y en relación con los requisitos para acceder a la prestación económica en estudio, la Alta Corporación indicó:

“En cuanto a los requisitos exigidos por ley para acceder a la licencia de maternidad, la sentencia T-022 de 2007 estableció que se exige haber cotizado ininterrumpidamente durante el tiempo de gestación, haber cancelado en forma completa el aporte el año anterior a la fecha de la solicitud, haber cancelado en forma oportuna al menos 4 aportes durante los 6 meses anteriores a la causación del derecho, y no encontrarse en mora en ese momento. Aún así, dichos requisitos se han flexibilizado en la jurisprudencia, cuando la protección de los derechos fundamentales de la madre y del niño así lo han requerido, especialmente el de la cotización durante todo el tiempo del parto, y el pago oportuno de las cotizaciones.⁹ De esta manera, se ha tratado de hacer prevalecer lo sustancial, sobre lo formal, en casos en los cuales la aplicación con absoluto rigor de los requisitos va en contra de los fines establecidos en los artículos 43 y 50 de la Constitución Política.”¹⁰

Ha sostenido además la Corte Constitucional en reiterados Fallos lo siguiente:

“La situación planteada es similar a la que esta Corte ha tenido oportunidad de abordar en casos pasados en los cuales ha puesto de presente que la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre. Así mismo, esta Corporación ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el período de la gestación hasta después del parto y que dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción”.

⁸ T-998 de 2008

⁹ Ver las sentencias T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1223 de 2008, entre otras.

¹⁰ T-966 de 2010

No se entiende la negativa de la NUEVA EPS al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la accionante de manera integral, por lo que no puede convertirse en un pretexto para eludir una responsabilidad, que está obligada a satisfacer, de conformidad con la incapacidad médica reconocida y que obra en los anexos. Además, observa el Juzgado que la accionante ha hecho sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; por lo tanto, no tiene ninguna justificación la negativa en que ha incurrido la accionada.

En el presente caso, la señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ demostró haber cotizado al sistema de seguridad social en salud, con anterioridad a la causación del derecho reclamado en forma continua e ininterrumpida, como cotizante, tal como se evidencia con las afirmaciones de la accionante y que se respalda con los documentos que allegó la misma accionante. Así mismo, quedó establecido que dio a luz el día 07 de febrero del año 2023, según Registro Civil de Nacimiento N° 1123453919, y, por lo tanto, solicitó el pago de su licencia dentro del año siguiente, como lo ha establecido el criterio jurisprudencial vigente.

Así las cosas, se entiende que la protección se debe brindar tanto a la madre como al hijo recién nacido, debiendo cancelar la correspondiente licencia de maternidad ya que esta es una forma de aliviar la carga económica y que sirve para que la madre pueda dedicarse al cuidado de su hija. Por tanto, se entiende como lo ha dicho la Corte Constitucional en sus fallos T-139/99, T-149/99, T-104/99; T -194/99 y T-205/99,

“(…) que los derechos del niño y de la madre responden a un interés superior que es necesario amparar, aun sin los mínimos de cotización exigidos, pues está de por medio el mínimo vital de seres indefensos en una época en que la madre debe dedicarse al cuidado del recién nacido, cuyos derechos son prevalentes”.

Igualmente, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado la procedencia excepcional de la acción de tutela, para exigir el pago Oportuno de la licencia de maternidad, cuando se afecta el mínimo vital de la madre y el niño, sobre el particular ha afirmado lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que la licencia de maternidad genera dos situaciones particulares: se instituyó como garantía laboral que tiene la mujer que ha dado a luz, para disponer de un período de ochenta y cuatro (84) días, a efecto de recuperarse físicamente y poder permanecer al lado de su nuevo hijo, y de otra parte, garantizarle un ingreso económico que percibiría si siguiera laborando normalmente, y que tiene objeto también respaldar los gastos de la madre y de su hijo. De esta manera el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad garantiza la subsistencia de la madre y el niño, mientras la madre se reincorpora a su actividad laboral.

Es por ello, que la mujer trabajadora que se encuentra en estado de gravidez y a quien se le niegue la prestación económica por maternidad tiene derecho a invocar la acción de tutela para obtener su pronto reconocimiento y pago de conformidad al artículo 43 de la Constitución Política, que impone el Estado, la obligación de dar una especial protección a la mujer embarazada desde el mismo momento de la concepción.

Para la Corte, la protección que la Carta Política impone a favor de la mujer embarazada coincide con la que se prodiga en el mismo ordenamiento a los niños y a las personas de tercera edad y encuentra su fundamento no solo en nuestro ordenamiento superior sino en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia a los cuales el interprete debe acudir, cuando la normatividad interna resulte insuficiente o confusa respecto al reconocimiento y especial protección a los derechos fundamentales.

De esta manera, el pago de la licencia de maternidad, resulta procedente de manera excepcional por vía de tutela, cuando con su no reconocimiento se este poniendo también en peligro, el mínimo vital de la madre y el recién nacido". (Subraya la sala).

Por consiguiente, en aquellos casos en que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y este es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital, sentencias T-270/97 y T-567/97.

Conforme a lo anotado anteriormente, este Juzgado **CONCEDERÁ** la acción de Tutela Interpuesta por la señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ, en contra de la NUEVA EPS. En consecuencia, se ordenará a la entidad accionada NUEVA EPS, que proceda dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, a reconocer y cancelar en favor de la señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ la prestación económica derivada de la Licencia de Maternidad en un solo pago por los 126 días de incapacidad.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Gaitán, Meta, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - TUTELAR los Derechos Constitucionales Fundamentales invocados como vulnerados por la accionante PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ, conforme a lo aquí motivado.

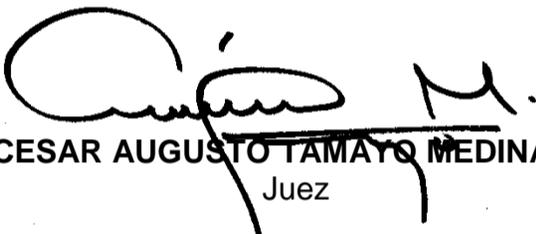
SEGUNDO. - ORDENAR a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague la prestación económica por la licencia de maternidad a la señora PAOLA ANDREA PEÑA RODRIGUEZ en un solo pago por los 126 días de incapacidad.

TERCERO. - El incumplimiento al presente fallo constituye Desacato sancionable conforme a la Ley.

CUARTO. - **NOTIFICAR** la presente decisión por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO. - Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CESAR AUGUSTO TAMAYO MEDINA
Juez