



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

51/10

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

Cartagena de Indias, trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	130013333013-2018-0007-01
Accionante	SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ
Accionado	NUEVA EPS
Tema	PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD/ NO COTIZÓ TODO EL TIEMPO DEL EMBARAZO. REVOCA -NO SE CUMPLE REQUISITO DE INMEDIATEZ
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de decisión 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada NUEVA EPS, contra la sentencia de fecha dos (2) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL y de oficio a la SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL de la señora SANDRA MARCERA MARTÍNEZ JIMÉNEZ y en consecuencia adoptó medidas de protección tendientes a salvaguardarlos.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante

- 1.1.1 Desde el 1 de junio de 2016, se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud a la NUEVA EPS, en el régimen contributivo, como independiente, pues laboraba mediante contrato de prestación de servicios.
- 1.1.2 La NUEVA EPS le prestó los servicios de controles prenatales sin generar ningún inconveniente.
- 1.1.3 La Clínica Blas de Lezo le otorgó licencia de maternidad el día 14 de enero de 2017, por el nacimiento de su menor hijo.
- 1.1.4 Mediante oficio de fecha 14 de julio de 2017, identificado con número de referencia 601031, la NUEVA EPS le negó el pago de la licencia de maternidad bajo el argumento de que la misma era improcedente, toda vez que se encontraba afiliada a esa entidad de salud desde el 1 de marzo de 2017.
- 1.1.5 La NUEVA EPS se sustrajo del pago de su licencia de maternidad con argumentos falsos e irracionales, pues al día del parto había cotizado 228 días, lo que equivale a 32,57 semanas de las 39,6 semanas diagnosticadas en la epicrisis.
- 1.1.6 El no pago de la licencia de maternidad le ha causado perjuicios económicos, pues durante el tiempo que duró la licencia adquirió deudas para su sustento y el de su hijo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

1.2 Pretensiones.¹

Declarar la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital y ordenar a la Nueva EPS reconocer y pagar la licencia de maternidad.

2. Actuación procesal relevante.

2.1. Admisión y notificación.

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto del día veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018)², en el que se dispuso notificar en calidad de accionada a la NUEVA EPS y se le corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de dos (2) días, diera respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud. El anterior auto fue notificado por correo electrónico, remitido al buzón institucional de notificaciones judiciales de dicha entidad³.

3. Respuesta de la autoridad accionada⁴.

Solicita que se declare improcedente la solicitud de tutela, como quiera que ha desplegado una conducta legítima, apegada a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991.

Para sustentar su pedimento, informó que la accionante se encuentra afiliada a esa EPS desde el 26 de noviembre de 2017, en el régimen subsidiado, lo que la excluye del beneficio del pago de la licencia de maternidad, del cual solo son beneficiarias las personas afiliadas bajo el régimen contributivo y en calidad de cotizantes. Explica que dicha distinción responde a que la licencia de maternidad es el sustituto del salario durante el tiempo que la trabajadora permanece fuera de sus labores.

4. Sentencia de Primera Instancia.⁵

La Juez de primera instancia, tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social de la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ y como medida de protección ordenó a la NUEVA EPS que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del fallo, le pague la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo cotizado.

Para sustentar lo ordenado, afirmó que dentro del plenario está probado que el hijo de la accionante nació el 14 de enero de 2017, y que sus cotizaciones al sistema de salud empezaron a realizarse a partir del segundo mes de gestación. Sobre las cotizaciones señaló que, está acreditado que pagó los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016 de manera

¹ Folio 2.

² Folio 19

³ Folio 20

⁴ Folios del 22 al 23

⁵ Folios 29-34



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018**

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

oportuna; y los meses de enero y febrero de 2017, con 115 y 86 días de retardo respectivamente, pues los efectuó el 11 de mayo de 2017.

Señala que el pago extemporáneo de las dos últimas cotizaciones, en el caso concreto, no exonera a la NUEVA EPS del pago de la licencia de maternidad, pues no obra constancia de que hubiese constituido en mora a la actora, de lo que se entiende que se allano a ésta y por tanto se encuentra obligada a cancelar la prestación generada en ese período, de manera proporcional al tiempo cotizado.

En virtud de lo anterior dispuso que, atendiendo que la actora cotizó al sistema de salud desde su segundo mes de gestación se debe aplicar la fórmula de reconocimiento de días cotizados durante el embarazo por 98, dividido en 270.

5. Impugnación.⁶

La accionada, reiteró los mismos argumentos que expuso en el informe rendido en primera instancia, relacionados con la falta de derecho de la accionante para el reconocimiento de la licencia de maternidad; pues su afiliación es al régimen subsidiado, siendo necesario para ese reconocimiento que el afiliado sea del régimen contributivo y cotizante.

6. Trámite procesal de segunda instancia.⁷

Mediante auto de fecha nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018), se concedió la impugnación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa.

2.1 Por Activa.

La señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, es titular de los derechos invocados como violados, razón por la cual está legitimada por activa para actuar en esta acción de tutela.

⁶ Folio 44 al 45
⁷ Folio 35



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

2.2 Por pasiva.

NUEVA EPS, está legitimada en la causa por pasiva conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al ser la entidad a la que se le endilga la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

3. Problemas jurídicos.

De manera previa a resolver los cuestionamientos que surgen con ocasión del escrito de impugnación debe la Sala determinar sí: *¿En el presente asunto, se encuentra acreditado el requisito de procedencia de la acción de tutela relacionado con la inmediatez?*

En caso de no estar acreditado este presupuesto, deberá establecer la Sala sí:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia que concedió el amparo de los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, SALUD y SEGURIDAD SOCIAL de la accionante?

4. Tesis del Tribunal.

La Sala sostendrá que en el caso bajo estudio, la acción de tutela es improcedente, pues no concurre el requisito de la inmediatez, por lo que debe revocarse la sentencia de primera instancia que concedió el amparo deprecado, para en su lugar rechazarla por improcedente.

5. Marco jurídico y jurisprudencial.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas:

5.1 Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.2 De la inmediatez

Según la naturaleza de la acción de tutela, la cual tiene el propósito de obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados, se ha discutido acerca de la necesidad de estudiar un plazo razonable en la interposición del amparo. La Sentencia **SU-961 de 1999** dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo:

"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción (...)

Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda". (Negrillas nuestras)

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió **tres reglas** centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la **seguridad** jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de **plazo razonable y en atención a las**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

circunstancias de cada caso concreto⁸. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la **finalidad de la acción**, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

En el caso específico de la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, la H. Corte Constitucional ha reconocido que este mecanismo Constitucional es el idóneo para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: i) que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento, es decir, que se interponga bajo el principio de la inmediatez; y ii) que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Al respecto en sentencia T-999 de 2003, la H. Corte explicó la razón de en estos casos la tutela deba ser interpuesta en el plazo de un año contado desde el nacimiento del menor:

"Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo."

6. Caso Concreto.

6.1 Hechos relevantes probados.

6.1.1 Mediante oficio adiado 15 de julio de 2017 la NUEVA EPS le manifestó a la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, que su solicitud de pago de licencia de maternidad no era procedente teniendo en cuenta que su afiliación a esa entidad fue desde el 1 de marzo de 2017. (fol. 7)

⁸ En la Sentencia SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte señaló: "Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado Principio de la Inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales (...) El cumplimiento del requisito de la inmediatez le corresponde verificarlo al juez de tutela en cada caso concreto. Dicho operador jurídico debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable. Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

6.1.2 El 14 de enero de 2017, en la Clínica Blas de Lezo nació el hijo de la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, luego de un embarazo de 39,6 semanas. (fol. 10 al 12)

6.1.3 El 16 de enero de 2017, la CLINICA BLAS DE LEZO, otorgó licencia de maternidad a la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, por el plazo de 126 días. (fol. 9)

6.1.4. De acuerdo con los certificados de aportes al sistema de seguridad social obrantes a folios del 13 al 16 del expediente y el certificado emitido por la NUEVA EPS visible a folio 8, la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, realizó los siguientes aportes al sistema de salud:

Periodo cotizado	Fecha de pago	Días de mora
2017-02	2017-05-11	86
2017-01	2017-05-11	151
2016-12	2016-12-13	
2016-11	2016-11-08	
2016-10	2016-10-12	
2016-09	2016-09-09	
2016-08	2016-08-11	
2016-07	2016-07-13	
2016-06	2016-06-03	

6.1.5 Desde el 1 de abril de 2017 la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ se encuentra afiliada al sistema de salud a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado. (fol. 25)

6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial.

Confrontados los hechos probados con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, entra la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, debiéndose dilucidar en primer lugar, si la acción de tutela es procedente en el presente asunto.

En ese orden, se tiene que la solicitud de amparo se instauró por la señora **SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ** para que se protegieran los derechos fundamentales al mínimo vital, que supuestamente le están siendo vulnerados por la NUEVA EPS, porque mediante comunicación de fecha 15 de julio de 2017 se negó a pagarle la licencia de maternidad originada con ocasión del nacimiento de su menor hijo ocurrido el **14 de enero de 2017**.

Por lo anterior, la Sala debe estudiar dos aspectos relevantes; i) la inmediatez de la acción de tutela y ii) la subsidiariedad en la presentación de la solicitud de amparo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN 01
DESPACHO No 003
SENTENCIA No 12/2018

SIGCMA

Radicado No. 130013333013-2018-0007-01

Frente al primero de los requisitos señalados, esto es la inmediatez, debe señalarse que conforme fue expuesto en el marco juríco de esta providencia, la H. Corte Constitucional fijó como plazo razonable para concurrir en sede de tutela a reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el de un año contado desde el nacimiento del menor. Así y de una revisión de las probanzas allegadas al expediente, evidencia la Sala que la actora concurrió a la acción de tutela cuando ya había fenecido el plazo antes mencionado, pues si su hijo nació el catorce (14) de enero de dos mil diecisiete (2017), debió interponer la acción de tutela a más tardar el quince (15) de enero de esa anualidad, pero se acreditó que tan solo hizo uso del mecanismo tutelar el día diecinueve (19) de enero de dos mil dieciocho (2018), esto es, cuando había transcurrido un año y cinco (5) días.

No habiendo superado el tamiz de la inmediatez, no se hace necesario que la Sala avoque el estudio del requisito de la subsidiariedad de la solicitud de amparo.

En virtud de lo anterior, la Sala debe revocar la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales de la accionante y de su menor hijo, para en su lugar rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ, ante el incumplimiento del requisito de inmediatez.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha dos (2) de febrero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar se **RECHAZA POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por la señora SANDRA MARCELA MARTÍNEZ JIMÉNEZ contra la NUEVA EPS.

SEGUNDO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS