



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Veinticinco (25) de febrero de dos mil Veinte  
(2020)

**RAD: 20001 31 03 002 2020 00017 00** Acción de tutela de primera instancia promovida por **INES LUCVIA MENDOZA MURGAS** contra **NUEVA EPS**. Derecho fundamental a la **Mínimo vital** y a la seguridad social.

**ASUNTO A TRATAR:**

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por INES LUCVIA MENDOZA MURGAS contra NUEVA EPS S.A.

**HECHOS:**

Como sustento fáctico de la acción constitucional, la accionante manifiesta en síntesis lo siguiente:

Se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, y se hallaba en estado de gravidez, el 09 de septiembre de 2019, dio a luz a su bebe, e inicio las gestiones ate su EPS el trámite para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad no encontrado respuestas positivas para la fecha y pago de su licencia de maternidad vulnerando sus derechos fundamentales.

**DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:**

La parte actora con base en los hechos descrito anteriormente, se le ha vulnerado sus derechos fundamentales a seguridad social, dignidad humana, salud, igualdad y mínimo vital.

**PRETENSIONES:**

Solicita la accionante, que se acceda al amparo constitucional a los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, salud, igualdad y mínimo vital.

En virtud de lo anterior declaración, solicita que se le ordene a en el término de 48 horas siguientes a la notificación dar trámite a su solicitud de licencia de maternidad a la que tiene derecho y prevenir s las partes tuteladas a que no vuelvan incurrir en las mismas actuaciones violatorias de la ley, so pena, incurrir en las sanciones de ley.

## **PRUEBAS:**

### **PARTE ACCIONANTE:**

- 1.- Copia de la Historia Clínica.
- 2.- Copia de Registro Civil de Nacimiento de su hijo.
- 3.- Copia de relación de pagos.
- 3.- Copia de la Cédula.

### **PARTE ACCIONADA:**

- 1.- Notificación de pago por ventanilla de prestaciones económicas.
- 2.- Certificado de Incapacidades.

## **TRÁMITE PROCESAL**

Con proveído del 13 de Enero de 2020, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado a la NUEVA EPS S.A., y se le concedió el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

### **CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS S.A.**

Alega que la solicitud realizada por parte de la accionante es improcedente puesto que de acuerdo por el Dpto. de prestaciones económicas la NUEVA EPS, manifiesta que haciendo un análisis del caso, la licencia de maternidad No. 5540307, a nombre del afiliado INES LUCIA MENDOZA, fue autorizada para su pago por valor de \$3.773.743, el 24/01/2020, dicho valor será desembolsado por el área financiera de acuerdo a la programación de pagos.

Argumentan que a acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar desembolsos de gastos médicos o transportes, licencias de maternidad e incapacidades, puesto que existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad vigente. Es así antes de acudir a la acción de tutela, la cual prevé claramente dentro de sus requisitos de procedibilidad la inexistencia de otros medios de defensa judicial, el usuario debió haber agotado dichos mecanismos.

En virtud de lo anterior, solicita que se deniegue la acción de tutela por improcedente y facultad de recobro ante el ADRES del 100% del costo de los servicios de salud que no están en el Plan de Beneficios de Salud.

**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

**FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:**

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: 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, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

**LEGITIMACION ACTIVA**

La accionante INÉS LUCÍA MENDOZA MURGAS, impetra acción de tutela, con fundamento en el artículo 86 de la C.N., teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales vulnerados.

**LEGITIMACIÓN PASIVA:**

LA NUEVA EPS S.A., por tener vínculo directo con la prestación del servicio de salud de la señora INÉS LUCÍA MENDOZA MURGAS, por lo tanto, es a quien se le atribuye la presunta vulneración a los derechos fundamentales referidos.

**INMEDIATEZ Y SUDSIDIARIDAD:**

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que la fecha que la incapacidad es de 10 de septiembre de 2019, y la presente acción de tutela se impetró el 12 de febrero de 2020, lo cual indica que no han transcurrido más de seis (6) meses, siendo oportuna la reclamación del derecho violentado y aún persiste la vulneración a los derechos referidos.

Frente a la subsidiaridad se percibe que el hoy accionante no tiene otro mecanismo inmediato para proteger y cesar el derecho transgredido, sino la presente acción, pues, según los hechos en el caso particular se puede concluir que éste instrumento constitucional es el idóneo para la protección de sus derechos

fundamentales, máxime cuando se trata de la vulneración del derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección al no continuar con la prestación de los servicios de salud, por lo menos hasta que se tenga la portabilidad al régimen subsidiado.

Cabe resaltar que el accionante fue destituido a través de un proceso disciplinario, y hasta el 17 de enero de 2020, SANIDAD DE LA POLIICIA le prestó los servicios de salud requeridos, al vencer el término de ley de goce de los servicios de salud, el actor acude la tutela, por su condición en la cual se encuentra, es decir, a la fecha tiene diagnosticado con VIH, para proteger sus derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, es dable manifestar que el actor no está cuestionando las decisiones del proceso disciplinario, su pretensión versa en el punto que se le ordene SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL le siga garantizando los servicios de atención integral por su enfermedad, así entonces, siendo EVER SOTO, un sujeto de especial protección constitucional, es factible de analizar si hay vulneración a sus derechos fundamentales y en caso positivo ordenar su protección.

#### **PROBLEMA JURIDICO:**

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿SÍ LA NUEVA EPS S.A., ha vulnerado los derechos fundamentales constitucionales a INÉS LUCÍA MENDOZA MURGAS, y como consecuencia de ello, se le ordene el pago de la licencia de maternidad?

#### **Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia - Sentencia T-489/18:**

Conforme al mandato de especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la figura de la licencia de maternidad la cual es un período de descanso remunerado en época del parto.

Inicialmente, dicho periodo se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468 de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad.

Según esta Corporación la licencia de maternidad es *"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".

La licencia de maternidad además de tener una connotación económica deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas; e (ii) integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

Cabe resaltar que para esta Corporación, la licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, "a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido".

Esta prestación cobija tanto a personas vinculadas mediante contrato de trabajo como a todas aquellas que con motivo del nacimiento, suspenden sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que satisfacían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.

**Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad:**

La licencia de maternidad se encuentra regulada en el artículo 1° de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 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."*

**En Sentencia SU - 075 de 2018, la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:**

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).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas: *Primera.* Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. *Segunda.* Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

#### **La Sentencia T T-278/18:**

Como se expuso anteriormente, de acuerdo con el régimen legal aplicable, cuando se trata de trabajadoras dependientes, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, ellas deben presentar ante el 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 empezarse la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras independientes, éstas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el registro civil de nacimiento.

#### **SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:**

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es afirmativo, dado a que el no pago de la licencia de maternidad vulnera derechos fundamentales a la madre y al recién nacido, como es el mínimo vital, entre otros, pues, le asiste derechos a la madre del menor que ese tiempo de incapacidad obtenga los ingresos por el tiempo de dure la licencia.

Aunado a lo anterior y como fundamento a la repuesta al problema jurídico planteado, en reiteradas jurisprudencias el máximo órgano constitucional, ha manifestado que la prestación de la licencia de maternidad y dispone que podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, en el caso en concreto la EPS es quien a solicitud del afiliado debe garantizar dichas prestaciones como derecho amparado en materia constitucional. Y que derivado de esto el accionado manifiesta que la NUEVA EPS a la fecha de la interposición de la acción de tutela, no ha cancelado la licencia de maternidad.

En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia.

Algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental.

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 a su vez, el artículo 2.1.13.2 del citado decreto se ocupa de regular el caso de la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y cotiza un período inferior al de gestación. Según esta disposición tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad de la siguiente manera: (i) Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia y (ii) Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

Asimismo, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017, reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

La anterior regulación permite concluir, para lo que interesa a la presente causa, que las trabajadoras independientes deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que LA NUEVA EPS S.A., indica que la accionante se encuentra afiliada al Sistema de Salud en calidad de Beneficiaria, sin embargo, en el libelo de la tutela, la actora aportó planillas de pago como trabajadora independiente (Fol. 17 al 26) y manifiesta en el hecho primero del escrito de la tutela que se encuentra afiliada en calidad de cotizante.

Sin embargo cabe resaltar, que la EPS accionada se le corrió traslado del escrito de tutela y sus anexos, es decir, se colocó en conocimiento las pruebas que aportó la actora con el libelo, esto es, las planillas de pago como trabajadora independiente con la empresa SERVIASESORIA J.D., la cual allegó las constancia de pago desde el periodo de los meses 02, 03, 05, 06, 06, 07, 08, 10, 11 y 12 del año 2019, hecho éste que no fue controvertido por la Nueva EPS S.A., lo cual indica que conforme a la jurisprudencia citada y el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016, establece que **"la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación"** y la fecha de parto según la historia clínica aportada es de data 09 de septiembre de 2019, esto significa que cuando la actora le practicaron la cesárea, estaba cotizando como trabajadora independiente, tal afirmación no fue desvirtuado por la entidad accionada, puesto que a la fecha aparezca como beneficiaria eso no indica que no haya cotizado como trabajadora a la fecha del parto y dentro del periodo de gestación. (Fol. 13 al 26 del expediente)

Ahora bien, para este juez de tutela, no se explica porque la EPS accionada accede al pago por vía administrativa y retarda el mismo, y en sede tutela lo niega, tal comportamiento no se sabe que busca la NUEVA EPS S.A., pues, en el escrito de contestación de tutela manifiesta que le reconoció el pago de la licencia de maternidad por valor de \$3.773.743, y le notificó a INÉS LUCÍA MENDOZA MURGAS, el pago por ventanilla de prestaciones económicas, y le dicen que el *"pago fue aprobado por concepto de incapacidades y licencia de*

76

acuerdo a su solicitud" y aportaron certificados de incapacidades. Así entonces, le reconoce y aprueba el pago de la licencia y después no la paga, situación está reprochable que ante tal derecho la usuaria afiliada tenga que venir a la acción de tutela, para la protección de un derecho que según lo manifestado en la contestación y las pruebas aportadas ya ha sido aprobado.

De todas maneras, dentro del juicio constitucional se aportó la historia clínica donde se indica que la actora dio a luz a una creatura, así mismo, también se percibe la incapacidad médica N. 76403 de fecha 10 de septiembre de 2019, por 126 días, y se da licencia de maternidad y, además de ello, se avizora el Registro Civil de Nacimiento del recién nacido, (Fol. 13 al 16).

De acuerdo a las pruebas aportadas, la accionante acredita sus afirmaciones, el cual dio a luz a un bebe, y que se le generó la licencia de maternidad, hecho este que desde aquí, le asiste la protección a su derechos fundamentales por medio de la acción de tutela, pues, acudir a la justicia ordinaria laboral y a la Superintendencia Nacional de Salud, para este juez de tutela considera que no son los mecanismos idóneos y eficaces para protección inmediata de los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido, inclusive, la protección integral de la familia, pues, el presente mecanismo así como lo establece la jurisprudencia citada, busca garantizar los derechos constitucionales entre unos de ellos, el mínimo vital, dignidad humana, calidad de vida digna e igualdad, los cuales al no pagarle la licencia referida oportunamente, se ven truncados estos derechos el cual no se podrá tener de ellos el goce y el disfrute.

Así las cosas, para este juez de tutela, encuentra que la NUEVA EPS S.A., vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y vida digna, a Inés Lucía Mendoza Murgas, por lo tanto, se procede a su reparo de manera inmediata, ordenando a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, o quien haga sus veces, autorice y pague la licencia de maternidad No. 76403 a Inés Lucía Mendoza Murgas y prevenir a la EPS que no siga incurriendo en conductas vulneradoras a los derechos fundamentales constitucionales a la actora y a sus usuarios.

Finalmente, cabe resaltar que el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo<sup>1</sup>. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONCEDER** el amparo a los derechos Fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y vida digna, a Inés Lucía Mendoza Murgas, por las motivaciones antes expuestas.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, o quien haga sus veces, autorice y pague la licencia de maternidad No. 76403 a Inés Lucía Mendoza Murgas.

**TERCERO: PREVENIR** a la EPS que no siga incurriendo en conductas vulneradoras a los derechos fundamentales constitucionales a la actora y a sus usuarios

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** esta providencia a las partes en la forma más expedita.

**QUINTO:** Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

  
GERMAN DAZA ARIZA  
JUEZ.