



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 8 de marzo de 2023

Acta No. 31

Radicado	54-518-31-12-001-2023-00005-01
Accionante	DANNA VALENTINA TORRES RINCÓN
Accionada	NUEVA EPS POLICÍA NACIONAL DENOR

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por DANNA VALENTINA TORRES RINCÓN contra el fallo de tutela de fecha 30 de enero de 2023 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

Relató DANNA VALENTINA TORRES RINCÓN que empezó a *“cotizar tanto salud como pensión con la antigua E.P.S. MEDIMAS desde noviembre de 2021”*, año en el que quedó en *“estado de embarazo”* y en el que siguió realizando los pagos de manera puntual hasta el nacimiento de su hija JULIETA GELVEZ TORRES, ocurrido el *“12 de junio de 2022”*.

Aclaró que todos sus controles prenatales fueron realizados por la NUEVA E.P.S., entidad a la que fue trasladada tras la liquidación de la E.P.S. MEDIMAS, pero que

¹ Archivo 03 Tutela y Anexos C01 primera instancia.

no obstante, cuando *“inició los trámites para el pago de la correspondiente licencia a finales del año 2022”* en un primer momento no se le dio respuesta por lo que tuvo que comunicarse vía telefónica, y le informaron que no se *“encontraba inscrita en la E.P.S. ni tampoco en la lista de afiliados”*, advirtiéndole que además dejaron de prestarle los servicios de salud a Ella y a su hija.

Refirió que indagó en la *“plataforma del ADRES”* en donde encontró que se encontraba afiliada en un régimen de excepción, inconsistencia que fue confirmada por una asesora de la NUEVA E.P.S., hecho por el que se dirigió a esa entidad y a la *“SUPERINTENDENCIA DE SALUD”*, la primera de las cuales, ante la múltiple insistencia de la accionante, simplemente le manifestó que se comunicara con la *“POLICÍA NACIONAL”*, esta última entidad que tras múltiples correos electrónicos le respondió *“que existe un error por parte de ellos y que ya lo habían corregido”*.

No obstante, cuando ingresó *“nuevamente a la plataforma del ADRES”* encontró que si bien ya no persistía la inconsistencia ahora aparecía como *“usuaria retirada”*, siendo que nunca solicitó ser afiliada como beneficiaria de algún miembro de la POLICÍA NACIONAL.

Seguidamente refirió que *“inició los trámites para afiliarse a la NUEVA E.P.S. y les solicitó el reconocimiento de su “licencia, recibiendo como respuesta”*:

que ellos no podían hacer nada, que por el error de la policía había sido retirada del sistema y que por lo tanto perdía mis derechos como madre gestante a pesar de haberles pagado y también rehusándose a pagar la licencia de maternidad, sin importarles en lo absoluto que esto sucedió por circunstancias totalmente ajenas a mí enviándome a reclamar a la POLICÍA NACIONAL, quienes también se lavan las manos y refieren que como yo no cotizo con ellos ni soy beneficiaria de ellos no me pueden reconocer mi licencia de maternidad, siendo ellos los responsables de que la NUEVA E.P.S. me retirara sin siquiera preguntar o indagar sobre lo que estaba sucediendo.

Expuso además que todos los días recibe mensajes de la NUEVA E.P.S. cobrándole una mora de 4 meses advirtiéndole que la reportaran de forma negativa ante la UGPP por el no pago de la seguridad social, *“sin tener en cuenta que esa mora fue generada en primer lugar por suspenderme mis derechos como madre gestante y los servicios de salud de mi hija una vez nació y por un error de la POLICÍA NACIONAL”*, lo que derivó en que le quitaran los *“servicios médicos”* y no le reconocieran *“el pago de la licencia de maternidad”*, cuando se vio *“en la obligación de dejar de trabajar por la atención que requiere un recién nacido y los cuidados*

postparto, para poder seguir pagando un servicio que fue suspendido de manera injustificada, aclarando que cuando me lo suspendieron me encontraba completamente al día y que resultó en que en este momento atravesase un difícil momento económico por los gastos que implica el cuidado de mi hija”.

Peticiones².-

Reclamó *“la protección a la mujer, a la maternidad”* y el amparo de los derechos fundamentales a la *“vida digna, seguridad social y al mínimo vital”*, y en consecuencia:

ORDENAR a la NUEVA E.P.S. que por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, dentro de las 48 horas siguientes me pague la totalidad de mi licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de mi hija.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 18 de enero de 2023 la *A quo* admitió la acción de tutela presentada por DANNA VALENTINA TORRES RINCÓN³, quien actuó en causa propia y como representante legal de la menor JULIETA GELVES TORRES contra la NUEVA EPS y la UNIDAD PRESTADORA DE SALUD DENOR (dependencia de la Policía Nacional), vinculó a la ADRES, y como pruebas decretó los documentos aportados con el escrito de tutela, requirió información sobre capacidad económica de la accionante e inquirió a la Policía Nacional para que informara si a la accionante o a su hija, *“se les prestan servicios de salud”* y las razones por las cuales se le reportó a nombre del señor WILSON HERNANDO ROJAS, así como las gestiones que había realizado para corregir esa imprecisión.

Finalmente, ofició a la NUEVA EPS, para que informara *“las razones por las cuales a la accionante y a su menor hija desde el mes de agosto de 2022, se le dejaron de prestar los servicios y se le informó que no se encuentra como afiliada, a pesar de haber efectuado aportes en calidad de cotizante. Así mismo las diligencias adelantadas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”*.

El 30 de enero de 2023, decidió la acción constitucional⁴.

² Folios 5 y 6 ibidem.

³ Archivo 06 Auto Admite Tutela.

⁴ Archivo 16 Fallo Tutela.

RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA

ADRES⁵.-

Su apoderado judicial hizo referencia a la creación y al objeto social de la entidad, al alcance de los derechos de petición, debido proceso y debido proceso administrativo como presuntamente vulnerados, además de la falta de legitimación en la causa por pasiva y a la improcedencia de la acción de tutela “cuando existe otro medio de defensa judicial”, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶.

Frente al tema del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad señaló que dentro de sus competencias no se encuentra *“el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad”* puesto que tal obligación está atribuida a las EPS’S o EOC conforme lo establece el artículo 2.1.13.1. del decreto 780 de 2016, precisando que su obligación inicia cuando las antes citadas pagan la referida prestación y solicitan su reconocimiento a esa entidad de acuerdo al artículo 2.6.1.1.2.10 de la precitada disposición, señalando que *“en el caso concreto dicha situación no ha ocurrido aún, pues precisamente es la negativa del pago de la licencia de maternidad a la accionante por parte de la EPS lo que origina la presentación de la acción de tutela”*.

De otra parte, se refirió al *“proceso de intervención forzosa administrativa para administrar y liquidar las EPS e IPS”*, contemplado en el artículo 68 de la ley 715 de 2001 a cargo de la *“Superintendencia Nacional de Salud”* conforme al parágrafo 2 del artículo 233 de la ley 100 de 1993 y otras normas, para luego poner de presente los antecedentes que llevaron a la liquidación de la EPS MEDIMAS, ordenada mediante la resolución 2022320000000864-6 de 2022⁷.

Recordó que la acción de tutela *“no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos económicos derivados del reconocimiento de derechos económicos y litigiosos, toda vez que la misma constituye un medio judicial subsidiario, que no tiene por fin reemplazar los procedimientos ya previstos en nuestra legislación para hacer valer derechos”*. En esa línea, indicó que en el *sub lite* no se cumple con ninguna de las dos excepciones que la Corte Constitucional⁸ contempla para inaplicar el principio de la subsidiariedad y conceder la acción de tutela bien sea de forma definitiva o transitoria, puesto que la demandante cuenta con un mecanismo idóneo y eficaz

⁵ Archivo 12 Respuesta ADRES.

⁶ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-480 del 26 de octubre de 1993 y Sentencia T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Archivo 12 Respuesta ADRES, folios 21 a 23.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-375 del 17 de septiembre de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO.

para resolver su controversia como lo es *“acudir a la justicia ordinaria a través de un proceso ordinario laboral o ante la Superintendencia Nacional de Salud”*.

Reseñó además que la Accionante no se halla ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, pues *“se encuentra en estado ACTIVO por parte de NUEVA EPS dentro del régimen contributivo, como COTIZANTE, desde el 17 de marzo de 2022”*, por lo que no se encuentra *“en situación de vulnerabilidad y no se enmarca como un sujeto de especial protección constitucional”*, además *“tampoco se observa una urgencia vital”*.

Solicitó declarar improcedente la acción de tutela *“por contener pretensiones económicas y no cumplir con el principio de subsidiariedad”* y que se niegue el amparo respecto de esa entidad, por cuanto *“no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales”* de la actora.

Unidad Prestadora de Salud de Norte de Santander “UPRES DENOR”⁹.-

Indicó el marco normativo del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares¹⁰ y especialmente la estructura organizacional de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, establecida en la Resolución N° 5644 del 10 de diciembre de 2019.

Frente a los hechos en los que se sustenta la acción de tutela señaló que:

1. La accionante y su menor hija, no tienen vínculo alguno con la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL ni tampoco a nuestro Subsistema de Salud de la Policía Nacional.
2. Esta unidad como régimen expresamente excepcionado del Sistema General de Seguridad Social según lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no reconoce pagos por concepto de licencias de maternidad ni tampoco ostenta la competencia para pronunciarse al respecto.
3. Esta unidad dio pronta solución una vez conocida la novedad, reportando al ADRES el error, con el fin de evitar inconvenientes en la afiliación y la prestación de los servicios de salud a la señora DANNA VALENTINA TORRES RINCÓN por parte de su EPS.

Agregó que lo que conllevó a que se afectara la afiliación de la accionante en el Sistema de Seguridad Social se debió a que uno de sus beneficiarios, WILSON HERNANDO ROJAS, al realizar la actualización de datos en el sistema SIATH de la

⁹ Archivo 13 Respuesta Policía DENOR.

¹⁰ Ley 352 de 1997, decreto 1795 de 2000, art 279 ley 100 de 1993.

Dirección de Talento Humano registró su documento de identidad de forma errónea y al momento de realizar el cruce de información con la base de datos del ADRES, se produjo su desafiliación.

Asevera que *“una vez conocida la novedad... por el señor WILSON HERNANDO ROJAS... procedió a verificar e informar la novedad a talento humano y al titular del derecho a fin de que subsanara y realizara correctamente el registro en el sistema”*.

Con lo cual, indicó que realizaron las gestiones pertinentes para subsanar el inconveniente presentado por la Accionante, dándole una solución *“efectiva y oportuna”*.

Finalmente, afirmó que no existe ninguna vulneración de derechos fundamentales por parte de esa Unidad, y en virtud de ello, solicitó su *“DESVINCULACIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN TUTELAR”*, por cuanto carece de legitimación por pasiva conforme lo establece el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

Nueva EPS¹¹.-

Indicó que la Accionante se encuentra activa en el sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo como cotizante categoría A, y que *“PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO ECONÓMICO POR CONCEPTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS, EL ACCIONANTE DEBE ENCONTRARSE AL DÍA EN EL PAGO DE SUS APORTES EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO”* en el *“ARTÍCULO 80 DEL DECRETO 806 DEL 30 DE ABRIL DE 1998 – ARTÍCULO 71 Y 73 DECRETO 2353 DEL 3 DE DICIEMBRE DE 2015”*, normatividad en virtud de la cual le corresponde al *“empleador o aportante cobrar (sic) la EPS los valores por licencias y/o incapacidades y reconocer en la periodicidad de la nómina, dichos valores a sus empleados y en ningún caso podrá trasladar esta responsabilidad a su trabajador; por ende, la EPS no se encuentra facultada para proceder con el pago directamente a su nombre”*, precepto que guarda relación con lo señala en el artículo 121 del decreto¹² ley 019 de 2012.

¹¹ Archivo 15 Respuesta Nueva EPS.

¹² El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

Destacó que *“el área de prestaciones económicas” “no registra solicitud de pago de licencia de maternidad”* elevada por la Accionante, siendo *“necesario que como aportante cotizante independiente solicite el pago de las incapacidades y/o licencias a través de la página web www.nuevaeps.com.co”* precisando además *“que la transcripción y solicitud de pago de incapacidades son procesos diferentes y se deben realizar individualmente”*.

Precisó que se realizaron aportes a seguridad social en la EPS MEDIMAS a nombre de la Accionante desde el 11 de noviembre de 2021 hasta el 16 de marzo de 2022, los cuales fueron compensados, y adicionalmente, que ante esa EPS efectuó cotizaciones desde el 17 de marzo de 2022 hasta el 30 de julio de 2022¹³.

A pesar de ello, señaló que *“NO es posible que NUEVA EPS asuma el reconocimiento de la licencia de maternidad; en aras de evitar el pago indebido con los recursos de la salud cuya destinación específica y administración recae en la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, dejando claro que no han hecho parte del proceso de compensación con NUEVA EPS sino con MEDIMAS EPS”,* pues considera *“improcedente que Nueva EPS asuma estas obligaciones ya sea parcial o completamente adquiridas por otra EPS, teniendo en cuenta que el proceso definido por el Ministerio de Salud y Protección Social contempla las diferentes instancias y responsables (decreto 1424 de 2019 y decreto 780 de 2016), que como en este caso confirman que las licencias o incapacidades relacionadas con un afiliado asignado a otra EPS, corresponden en cubrimiento a MEDIMÁS EPS EN LIQUIDACIÓN pues es ella quien tenía la afiliación del usuario registrada en la BDUa y recibió sus aportes y realizó su proceso de compensación acorde a los mismos y será quien pueda realizar el recobro de las licencias a que haya lugar reconocer y ser estas aprobadas”*.

Advirtió que como la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata para liquidar a MEDIMAS, el pago de la licencia de maternidad debía realizarse surtiendo el trámite denominado reclamación de acreencias.

Sostuvo que en este caso no se cumple con el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad, por cuanto la Accionante contaba con otro medio jurídico que le permitía efectuar las reclamaciones económicas que formuló como pretensiones, como lo es iniciar una acción ordinaria ante la jurisdicción laboral.

¹³ Ver tabla visible a folio 6 Archivo 15 Respuesta Nueva EPS.

Junto con lo anterior, resaltó que *“la Acción de tutela no procede cuando está de por medio una controversia de carácter contractual y económica que escapa a la competencia del Juez de Tutela¹⁴”*.

Finalmente, solicitó que se deniegue la acción y se reconozca que MEDIMAS es la responsable del pago de la prestación económica.

SENTENCIA IMPUGNADA¹⁵.-

Mediante fallo de fecha 30 de enero de 2023 el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de esta municipalidad negó la protección constitucional de los derechos fundamentales invocados.

Esto al considerar que la imprecisión en la que incurrió la Unidad Prestadora de Salud de la Policía Nacional, que derivó en que la demandante fuera retirada de la NUEVA EPS, equivocación a la que además se le atribuía el no pago de la licencia de maternidad, ya fue subsanada, precisando además que la misma en realidad no fue *“la causa de tal negativa, y esto se establece de la respuesta ofrecida por la accionada NUEVA EPS al informar que, la actora se encuentra activa en el régimen contributivo con aportes desde el mes de marzo de 2022 y como último período pagado julio 2022”*.

A su vez, sostuvo la *A quo* que la Unidad Prestadora de Salud DENOR de la Policía carecía de “legitimación en la causa por pasiva”, puesto que el pago de la licencia de maternidad corresponde *“exclusivamente a las EPS, conforme lo regulan los artículos 177, 178 y 207 ley 100 de 1993”*. De igual forma, que era imposible efectuar el reclamo de la licencia de maternidad a la EPS MEDIMAS, puesto que ésta entró en liquidación el 8 de marzo de 2022¹⁶ y el primer aviso emplazatorio para el cobro de sus acreencias, se efectuó el 15 de marzo siguiente, es decir, cuando todavía no había nacido la menor, lo que ocurrió el 12 de junio de esa anualidad.

Señaló la primera instancia que la Ley 100 de 1993 establece que el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada EPS la licencia de maternidad que es financiada por el Fondo de Solidaridad, pero para ello se deberá efectuar el trámite y cumplir con los requisitos dispuestos en el Decreto 780 de 2016, lo cual no fue demostrado por la Accionante, a quien se le recuerda que, debe primero contar con

¹⁴ Sentencia T-080 de 2008.

¹⁵ Archivo 16 Fallo Tutela.

¹⁶ Resolución 2022320000000864-6 de 2022.

el documento donde se concede la incapacidad por licencia de maternidad que, junto con otros requisitos le permitirá el reclamo del correspondiente pago, es claro que, en este momento no resulta viable emitir orden alguna en este sentido en contra de la accionada.

IMPUGNACIÓN¹⁷.-

Fue propuesta por la Accionante quien afirmó que *“inició nuevamente los trámites para afiliarme a la NUEVA E.P.S. y les solicité el reconocimiento”* de su licencia, manifestación que no fue considerada por el Despacho de primera instancia a pesar de que fueron acreditadas con las capturas de las conversaciones que sostuvo con funcionarios de la NUEVA EPS con posterioridad a la corrección del error de afiliación

De otra parte, manifestó que a pesar de que con el auto admisorio de esta acción se le realizaron *“una serie de requerimientos” “con el objeto de acreditar vulneración al mínimo vital”* no se le requirió para que allegase constancia alguna de haber radicado ante la entidad demandada la solicitud para el pago de la licencia, *“a pesar de haber referido en el sustento factico que ya se habían presentado unas solicitudes ante la NUEVA EPS, una inicial una vez nace mi hija, y otra una vez se subsana el error de afiliación”*.

Afirmó que la A quo desconoció de manera injustificada *“que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida”*.

Reiteró que *“por arbitrariedades completamente injustificables y ajenas”* a ella, fue *“desvinculada de la NUEVA EPS”* a pesar de haber realizado los correspondientes aportes, destacando que fue por esa razón que al solicitar el pago de su incapacidad por licencia de maternidad, esta fue rechazada de plano.

Resaltó que en la acción de tutela se estaban discutiendo los derechos fundamentales de una menor de edad, y que respecto de ellos, no existió pronunciamiento alguno del Despacho de primera instancia, siendo que por tal condición *“requiere de especial protección constitucional, conforme lo establece la ley 1098 de 2006 es sus artículos 8 y 9”*.

¹⁷ Archivo 18 Escrito Impugnación.

Manifestó que pretende con el recurso de impugnación:

1. Que el superior jerárquico, haga el respectivo análisis de la presente impugnación, y, en consecuencia, se declare la procedencia de esta Acción de Tutela y se salvaguarden mis derechos y los derechos de mi menor hija recién nacida.
2. Que habiéndose acogido positivamente la petición anterior, se proceda a Tutelar los Derechos invocados.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto 1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico. -

Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad que habilitan su procedencia. En caso de ser satisfechos, establecer si la NUEVA EPS transgrede los derechos fundamentales a la *vida digna, seguridad social y al mínimo vital* de la Accionante y de su hija recién nacida al no haber efectuado el pago de su seguridad social.

De la acción de tutela. –

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela.-

Dado que no hubo discusión alguna ni considera la Sala que amerite analizar a profundidad la cuestión, tenemos que el presente trámite satisface los presupuestos de (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, e (ii) la inmediatez.

Subsidiariedad. –

En su carácter residual *“La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*¹⁸. Frente a este requisito el precedente constitucional ha precisado que:

la exigencia del requisito de subsidiariedad se funda en que la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela. Los jueces y los mecanismos ordinarios de defensa también han sido diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. En esta medida, la verificación de este requisito busca evitar la *“paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias”*[. En efecto, el uso *“indiscriminado”*[de la tutela puede acarrear: *“(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (Juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”*¹⁹

En la misma decisión, la Corte enfatizó en que el requisito de subsidiariedad *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹⁹ T-034 de 2021.

Además, insistió en que este requisito *“no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta del accionante, para comprobar si los medios ordinarios resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales”*.

No obstante, respecto del reconocimiento de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional, fijó unos criterios específicos para verificar el cumplimiento del requisito de procedibilidad:

al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su hijo o hija, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia²⁰.

La Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los recursos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo con la consecuente falta de remuneración tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental. Lo anterior se debe a que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que les permite solventar sus necesidades básicas²¹.

En línea con lo anterior, debe indicarse que bajo la gravedad de juramento por la Accionante expuso la precariedad de su situación socioeconómica²².

²⁰ Sentencia T-278 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

²¹ Sentencia T-014 de 2022.

²² “Soy estudiante de Ingeniera Civil de la Universidad de Pamplona, curso séptimo semestre y no cuento con ningún empleo formal y los ingresos que percibo son variables, toda vez que dependen única y exclusivamente de trabajos académicos que realizo a mis compañeros de estudio y a los cuidados de mis dos sobrinos NICOLÁS FELIPE PARRA TORRES de 9 años y LIA MARTINA PARRA TORRES de dos años, manteniendo un promedio mensual variable de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) a QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) (...) El núcleo familiar de mi hija está conformado por mí que soy su madre (...) El padre de la menor es conductor de una buseta adscrita a COOPMOTILON devenga un salario mínimo mensual, en algunas ocasiones y dependiendo de los turnos algo más, y el aporte que me realiza para los gastos de la niña son de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) MENSUALES en algunas ocasiones más, cuando se presentan gastos extras como lo son medicamentos o traslados a citas médicas (...) vivo en una habitación que mi hermana me tiene arrendada, (...) le cancelo a mi hermana incluyendo servicios por la habitación la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$350.000) (...) Actualmente no poseo ningún bien de valor, sé que el progenitor de mi hija tiene parte de una buseta de transporte público con unos socios, no es de su propiedad, solo una parte de ella, (...) la niña gasta un aproximado de NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$980.000) y trimestralmente hay que comprarle ropa por el valor de DOSCIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000) y en algunas ocasiones como el presente mes que se enfermó alrededor de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000) en medicamentos, estos gastos los cubro con la cuota de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) que suministra el padre de la niña y el restante, con trabajos esporádicos, como lo son trabajos universitarios a mis compañeros de clase y con lo que me paga mi cuñado y esposo de mi hermana por cuidar a mis dos sobrinos NICOLAS FELIPE PARRA TORRES de 9 años y LIA MARTINA PARRA TORRES de dos años (...) viéndome alcanzada todos los meses para poder solventar tanto los gastos de mi hija como los míos y sobre todo cuando se termina el semestre académico, toda vez que no hay trabajos universitarios por realizar que son parte de mi sustento y el de mi hija como actualmente se presenta,

Podría decirse que en este caso se cumple con el requisito de la subsidiariedad, debido a que de lo manifestado por la Accionante, lo cual no fue refutado por la EPS accionada, se deduce que no posee los ingresos suficientes para garantizar el sostenimiento de su hija JULIETA GÉLVEZ TORRES, haciéndose justificable ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad vía acción de tutela.

Sin embargo, no puede obviarse que en el caso que nos ocupa la Accionante pretende que se le ordene a la NUEVA EPS pagar la totalidad de la licencia de maternidad a la que considera tiene derecho por el nacimiento de su hija, misma que no fue acogida por la *A quo* al concluir que no había lugar a conceder el amparo constitucional porque la interesada no había realizado los trámites necesarios para el pago de la referida prestación ante la EPS accionada.

Tal conclusión es cuestionada por la Accionante en su impugnación, afirmando que solicitó el pago de su licencia a la NUEVA EPS y prueba de ello son las capturas de las conversaciones que sostuvo con funcionarios de dicha entidad, destacando que cuando reclamó el pago de la prestación fue rechazada de plano, porque “*por arbitrariedades completamente injustificables y ajenas*” a ella, había sido “*desvinculada de la NUEVA EPS*”, prueba de lo cual allegó captura de pantalla del mensaje con el que se le notificó el “*Rechazo de Solicitud de Transcripción de Incapacidad y/o Licencia*”²³.

Ahora bien, del estudio del acervo probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que no existe ningún elemento de convicción que dé cuenta que la demandante le haya solicitado formalmente a la NUEVA EPS el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

Si bien se adosó a la actuación oficio de fecha 12 de noviembre de 2022²⁴ al parecer dirigido a la NUEVA EPS, en el que en su parte final la Accionante consignó que “*me encontraba realizando la solicitud del cobro de mi licencia de maternidad, así que solicito el pago de ella y la solución con mi afiliación*”, no existe evidencia que tal documento fue efectivamente radicado en la citada entidad.

encontrándome en una difícil situación económica en este momento (...) Frente a las ayudas del estado, yo soy beneficiaria del programa de jóvenes en acción recibiendo trimestralmente la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) mi hija no recibe ningún beneficio, y el padre de ella tampoco”. Archivo 09 Respuesta Accionante.

²³ Folio 3, archivo 18 Escrito Impugnación.

²⁴ Folio 9, Archivo 03 Tutela y Anexos.

En el mismo sentido, tampoco se deduce la solicitud de pago de la licencia de maternidad de los pantallazos de una conversación entre la Accionante y quien se identificó como un asesor de la EPS MEDIMAS²⁵ (ortografía original):

14 de septiembre de 2022

Accionante: - Tengo una duda y un gran problema

-Por que aparezco retirada de la eps?

-Dice que el 16 de agosto y tengo activo ese mes para pagarlo, nunca solicité retirarme

-El 29 de agosto vacune y le saqué unos exámenes a mi bebe en la ips

-El 1 de septiembre me comunique con un asesor para la inscripción de la cuenta bancaria por el cobro de la licencia de maternidad

-Y ahora sale que estoy retirada

Asesor: la misma foto que me envías tiene la respuesta

-Alguien la tiene afiliada al régimen especial (policía, magisterio, ejército)

Accionante: No, debe ser una equivocación

-Que debo hacer en ese caso?

Asesor: Debe solicitar por escrito a dichas instituciones una constancia de no afiliación, para luego presentarla a la EPS y que se pueda realizar la validación ante ADRES

-Si una institución la reporto, el ADRES la marca, y la EPS no tiene otra opción q desvincularla inmediatamente.

Accionante: Y que institución?

Como se (sic) eso?

Asesor: -Las instituciones que ya mencione

Accionante: Y por que línea me comunico con esas instituciones?

Asesor: No sabría decirle, yo soy colaborador de la EPS. Debe validar las líneas telefónicas por Google.

Accionante: Entiendo gracias

-Y al realizar todo este proceso debo realizar de nuevo el proceso de afiliación a la eps?

-Afecta el pago de la licencia de maternidad?

Asesor: No, primero solucione ese tema para que luego se le proceda a realizar la activación en la EPS.

-Si, usted para la EPS, no está cotizando y estas retirada por ende no se tiene derecho a reconocimientos económicos.

Accionante: O sea que cuando solucione todo esto no puedo reclamar la licencia de maternidad?

Asesor: -Correcto.

Accionante: por que? Si yo no he hecho ningún cambio ni retiro

-Pero no, yo nunca he solicitado retirarme y menos me he afiliado a otra institución

-Esto no puede ser así

He pagado mi seguridad social

He hecho todo el proceso en la eps

Y ahora me salen con eso justo cuando solicitó el cobro de la licencia de maternidad, por que si pude sacarle exámenes a la niña?

Porque me comunique con un asesor el 1 de septiembre y seguía afiliada a la eps

No como dice en la imagen

Y ahora estoy supuestamente afiliada a otras instituciones que no tengo nada que ver con ninguna/ Nunca

²⁵ Folios 17 a 19, Archivo 03 Tutela y Anexos.

Este intercambio no comprueba que la demandante haya presentado la solicitud para el pago de la prestación, pues se centra especialmente en su desafiliación del régimen General de Seguridad Social por la equivocación en la que incurrió la UNIDAD PRESTADORA DE SALUD DENOR de la POLICÍA NACIONAL, que como previamente se advirtió, fue corregida por la citada dependencia, antes de la presentación de esta acción constitucional.

Aunado a ello, es de destacar que incluso habiéndose aportado con el escrito de impugnación, un pantallazo que no fue presentado oportunamente en la primera instancia²⁶, éste tampoco demuestra que la accionante radicó la solicitud de licencia de maternidad ante la NUEVA EPS, puesto que se refiere a la *“Notificación de Rechazo de Solicitud de Transcripción de Incapacidad y/o Licencia”* precisándose como causal de devolución que *“La incapacidad solicitada ya se encontraba transcrita”*.

En sentencia T 161 de 2017, ratificó la Corte Constitucional que quien pretenda una protección constitucional debe haber agotado los mecanismos para la protección de sus derechos:

De manera que si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario. Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.

No puede olvidarse tampoco que el comportamiento irregular de la entidad accionada, que aquí no se acreditó, es premisa esencial de la acción de tutela²⁷.

Entonces, si bien se acreditó que la hija de la accionante nació el 12 de junio de 2022²⁸ y que efectuó el pago²⁹ de los aportes a Seguridad Social desde el 19 de noviembre de 2021 al 30 de julio de 2022, y adicionalmente que realizó múltiples gestiones para volver a afiliarse a la NUEVA EPS³⁰ luego de haber sido retirada del Sistema General de Seguridad Social en Salud por un error de la UNIDAD PRESTADORA DE SALUD DENOR de la POLICÍA NACIONAL, no existe ninguna prueba que acredite que una vez solucionado este impase la interesada radicó

²⁶ Folio 3, Escrito Impugnación.

²⁷ “se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión” Corte Constitucional, sentencia T 130 de 2014.

²⁸ Folio 5 (registro Civil de Nacimiento JULITA GELVES TORRES), Archivo 03 Tutela y Anexos.

²⁹ Folio 6, Archivo 15, Respuesta NUEVA EPS.

³⁰ Folios 12, 14 y 16 Archivo 03 Tutela y Anexos.

alguna solicitud ante la NUEVA EPS solicitando el pago de la licencia de maternidad, y en virtud de ello habrá de confirmarse el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

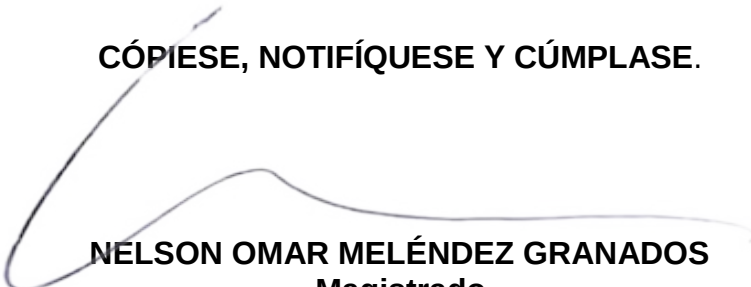
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

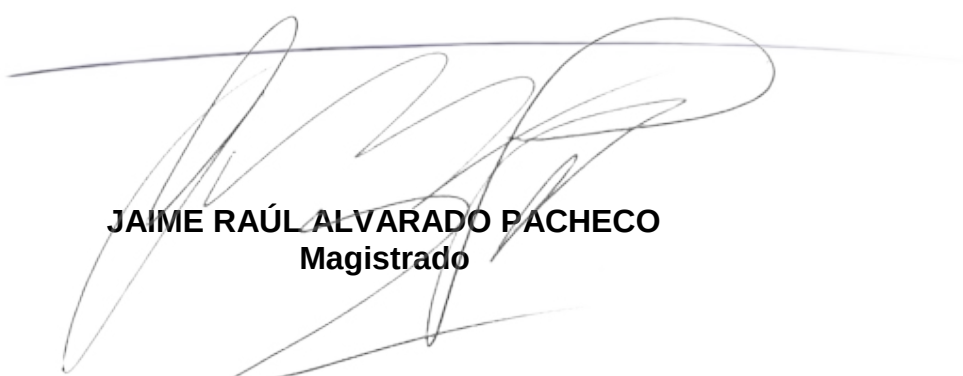
TERCERO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el día 8 de marzo de 2023.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado
(En permiso)

Firmado Por:
Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - N. De Santander

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: **35ecd9a677ddb8e64c0372d3f4534c3d117bd016c8297596bcfeb98b1bf6ef00**

Documento generado en 08/03/2023 11:48:03 AM

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