



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Código 190013103001

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA N° 056

Dieciséis (16) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Ref.: **ACCIÓN DE TUTELA**
Accionante: **JIMENA ANDREA PECHENÉ**
Accionada: **NUEVA EPS**

Rad.: **195484089002202000124-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, obrando como Juez Constitucional a resolver la impugnación interpuesta la accionante contra la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó (C), el día dos de diciembre de 2020, dentro de la referenciada acción de tutela, que declaró la improcedencia de la misma.

I. ANTECEDENTES:

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Solicitó la accionante que, en salvaguarda de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital y salud, se le ordenara a la Nueva EPS reconocer y cancelar la licencia de maternidad a que tiene derecho, según lo estipulado en el artículo 236 del CST.

1.2 Fundamentos fácticos y probatorios.

La accionante señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Desde el primero de octubre de 2017 se encuentra afiliada a la Nueva EPS, en calidad de cotizante.
- ✓ En el año 2019 quedó en estado de embarazo, el cual fue diagnosticado como de alto riesgo e interrumpido voluntariamente por criterio médico el tres de

diciembre de 2019, al evidenciarse que el feto presentaba síndrome de trisomía 18 por translocación.

- ✓ Su hija alcanzó a vivir durante 24 minutos.
- ✓ El médico tratante le autorizó 126 días de incapacidad, correspondiente a la licencia de maternidad.
- ✓ La Nueva EPS solamente le reconoció 28 días, ya que consideraron que su caso correspondía a un descanso remunerado por el aborto sufrido.
- ✓ En su criterio, la accionada entidad debe pagarle la licencia de maternidad, tal como fue autorizado por el galeno, pues su hija nació viva.

Con el escrito de tutela allegó copia de la solicitud de cancelación de licencia de maternidad con su respectiva respuesta, certificado de nacido vivo, documento de identidad y registro civil de nacimiento de la actora, incapacidad médica e historia clínica.

2. Trámite de la primera instancia.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Piendamó, quien mediante auto del veinte de noviembre de 2020, la admitió y procedió a correr el respectivo traslado por el término de dos (2) días a la entidad accionada, para que manifestara todo lo que supiera y le constara respecto de los hechos objeto de la acción de tutela.

3. Contestación.

3.1 Nueva EPS.

La Representante Judicial de la accionada EPS solicitó que la tutela fuera declarada improcedente ante la existencia de un mecanismo de defensa ordinario ante la jurisdicción laboral, más teniendo en cuenta que su pretensión principal es de carácter económico.

4. Actuación del A quo.

Frente al caso, el Juzgado de primera instancia, en la sentencia objeto de la impugnación, decidió negar la protección de los derechos fundamentales de petición e igualdad, y declarar la improcedencia de la solicitud de amparo frente al debido proceso y salud, debido a que la Nueva EPS brindó respuesta de fondo a la solicitud presentada por la actora.

Frente al mínimo vital, consideró que tampoco existía trasgresión, pues la accionada administradora de salud le pagó la licencia por aborto, de conformidad con la historia clínica, en donde se patentiza que la accionante fue sometida a una interrupción voluntaria del embarazo por malformación genética del feto.

Respecto de la salud, tampoco encontró vulneración alguna, toda vez que a la actora no le ha sido negado ningún servicio médico.

Finalmente, consideró que la señora Pechené puede acudir a la Superintendencia Nacional de Salud o a la jurisdicción laboral para solicitar el pago de la alegada licencia de maternidad

5. La impugnación.

La accionante impugnó el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria, con el argumento de que el A Quo erradamente consideró que la tutela resultaba improcedente al existir el mecanismo de defensa ante la Superintendencia Nacional de Salud, pues, según el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, dicha entidad perdió competencia para conocer asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas.

Igualmente, manifestó que la acción ante la Jurisdicción laboral no resultaba eficaz, ni idónea, por la tardanza en decidir estos procesos.

Además, enfatizó su condición económica precaria, al devengar un salario mínimo mensual vigente, por lo que la renuencia de la EPS al pagar la licencia de maternidad vulnera su mínimo vital.

Consideró que la presentación de la tutela es oportuna por haber sido interpuesta durante el año siguiente al nacimiento de su menor hija, pues ésta nació el tres de diciembre de 2019, y la solicitud de pago de la licencia de maternidad fue radicada el diecisiete de julio del presente año.

Aclaró que, pese a que decidió practicarse una interrupción voluntaria de su embarazo, su hija nació viva, razón por la cual tiene derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

II. CONSIDERACIONES:

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Art. 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer y resolver la segunda instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico.

En el sub júdice, el Despacho debe determinar si el fallo de primera instancia se encuentra o no ajustado a derecho, y en consecuencia si debe ser confirmado, modificado o revocado.

3. Tesis del Despacho.

En el presente caso, se sostendrá la tesis de que el A Quo, con su decisión se ajustó a la legalidad, toda vez que conforme ha sido conceptuado en la Jurisprudencia constitucional, la tutela resulta procedente para el pago de prestaciones económicas, como la licencia de maternidad, sólo de manera excepcional, cuando **(i)** la solicitud de amparo se interpone dentro del año siguiente al nacimiento, y **(ii)** se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo, requisito éste último que se desvirtúa por la mora injustificada en que incurrió la accionante para acudir a éste mecanismo constitucional.

3.1 Jurisprudencia aplicable al caso.

3.1.1 «ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos de procedencia:

"Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y

*segundo, que **se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo**. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.»¹ (Subrayado, negrilla y cursiva fuera de texto)*

3.1.2 «LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad

"La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que "dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad»²

3.1.3 *«Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, **la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas**, también ha afirmado que, 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 menor hijo**, 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 materia.»³ (Subrayado, negrilla y cursiva fuera de texto)*

3.1.4 *«La jurisprudencia constitucional, siguiendo fielmente lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las demás normas que regulan la acción de*

¹ Sentencia T-278 de 2018

² Sentencia T-526 de 2019

³ Sentencia T-278 de 2018

*tutela, ha establecido que el pago de acreencias laborales, dentro de las que se incluyen **los descansos remunerados en la época del parto, o en caso de aborto, o de parto prematuro no viable**, a los que hace referencia el caso objeto de estudio, **sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital del accionante**. De no estar ocurriendo tal vulneración, **el accionante podrá acudir a las acciones judiciales ordinarias disponibles para reclamar el pago que se le adeuda**, o para esclarecer inicialmente quién es el obligado a hacer el pago, para después sí reclamarle el efectivo cumplimiento de su obligación. El problema jurídico, consistente en la definición de una cuestión de interpretación legal relativa a quién es el obligado a asumir el costo del descanso remunerado al que tiene derecho una mujer trabajadora, quien al término de su embarazo, dio a luz a una bebé muerta y quien cotizó a una EPS durante un periodo inferior al de la gestación, no será estudiado por esta Sala de Revisión, en la medida que son los jueces laborales, y no los jueces de tutela, los competentes para hacerlo.»⁴ (Subrayado, negrilla y cursiva fuera de texto)*

4. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico Colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudirse si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que

⁴ Sentencia T-551 de 2004

el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

5. Caso Concreto.

En el caso bajo estudio, se tiene que la accionante solicitó al A Quo el pago de la licencia de maternidad a que, en su criterio, tiene derecho, debido a que su hija nació viva, pese a que su embarazo fue interrumpido voluntariamente por no ser clínicamente viable, si bien la niña falleció minutos después del alumbramiento. Para sustentar su pretensión, alega que el médico tratante le expidió la licencia de maternidad por el término legal.

La accionada EPS alegó en su favor la improcedencia de la tutela por tratarse de controversias de tipo económicas y por no haber agotado el mecanismo ordinario de defensa ante el juez laboral.

El Juez de primer grado decidió denegar la tutela, pues consideró el carácter subsidiario de la misma, ya que la accionante podía acudir a la Superintendencia Nacional de Salud o al juez laboral para alegar sus pretensiones; encontró satisfecho el derecho fundamental de petición y como no vulnerado el mínimo vital de la accionante, razones que conllevaron a que la promotora de la acción constitucional censurara dicha decisión, entre otros puntos, porque argumentó que la Superintendencia Nacional de Salud ya no era competente para conocer del presente asunto y el mecanismo ordinario de defensa no resultaba eficaz, ni idóneo, más atendiendo su precaria situación económica, que hacía necesario el pago de la solicitada licencia de maternidad.

Para este Despacho, y conforme se planteó en la tesis frente al problema jurídico a resolver, lo decidido por el A Quo debe ser confirmado, ya que según la Jurisprudencia constitucional, la tutela resulta improcedente para solicitar el pago de prestaciones económicas, como la licencia de maternidad, de no ser que se encuentre debidamente acreditada la afectación del mínimo vital de la accionante y de su menor hijo/a, lo que aquí no ha tenido ocurrencia, dado que desafortunadamente el embarazo tuvo que ser interrumpido voluntariamente, atendiendo el criterio médico y, además, la misma accionante afirmó que la accionada EPS le reconoció 28 días por licencia de aborto, lo que sumado a la mora en elevar la solicitud de pago de la licencia de maternidad, 6 meses

después, y a la interposición de la acción de tutela, casi un año más tarde, desvirtúa la alegada vulneración de sus garantía fundamental al mínimo vital y la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, más cuando el mecanismo de defensa ordinario no ha sido agotado, ni demostrada su falta de idoneidad, ni eficacia, pues no basta con alegar que se opta por el mecanismo constitucional debido a que los procesos laborales se tardan mucho en ser resueltos, ya que la tutela no es una acción que pueda ser adelantada de manera alternativa o paralela a la acción principal ante el juez laboral, si bien debe reconocerse que le asiste la razón a la actora cuando argumentó que la Superintendencia Nacional de Salud ya no es competente para atender asuntos como el presente, pues el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 así lo estipuló; sin embargo, lo anterior, en nada afecta el sentido de lo decidido en primera instancia respecto a la improcedencia de la solicitud de amparo para pretender el pago de la solicitada prestación económica.

Adicionalmente, la accionante no manifestó que en la actualidad se le estuviera negando el servicio de salud, que se encontrara en alguna circunstancia de debilidad manifiesta o en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pudiese ser considerada sujeto de especial protección constitucional y, por lo tanto, que su condición ameritara un estudio excepcional de sus requerimientos por parte del juez de tutela.

Por lo anterior, como ya se había advertido, se confirmará la decisión de la Juez de primer grado, por encontrarse ajustada a la legalidad a desestimar la pretensión de la accionante por considerarla improcedente por este medio.

III. DECISIÓN:

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada el dos de diciembre de 2020, y proferida dentro de la tutela de la referencia, interpuesta por la señora **Jimena**

Andrea Pechené contra la **NUEVA EPS**, que declaró la improcedencia de la solicitud de amparo, por las razones antes anotadas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: REMÍTASELE electrónicamente la demanda de tutela, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación y esta sentencia de segunda instancia a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO POPAYAN

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:

**d99073fcacc0031c41d289b93a4bb4a72011e3d7ab446ebbf276d5ff6157
9bcd**

Documento generado en 16/12/2020 04:56:50 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>