



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CERETÉ

Cereté, Córdoba, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado No.	23-162-31-03-002-2023-00073-00
Accionante:	NACY JUDITH MESTRA ESPAÑA
Accionado:	NUEVA EPS

I. ASUNTO

Procede el Despacho en esta oportunidad a resolver la acción de tutela promovida como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por la señora **NACY JUDITH MESTRA ESPAÑA** identificada con C.C. N° 1.068.665.744 quien actúa en nombre propio, alegando la presunta conculcación de su derecho fundamental de mínimo vital, amparado en la carta magna y, contra **NUEVA EPS**.

II. ANTECEDENTES

II.I. HECHOS

La accionante en el acápite de los hechos de la presente acción tutelar, manifestó lo siguiente:

Estoy afiliada al sistema general de seguridad social en salud en calidad de cotizante en estado activa con Nueva Eps SA desde el día 01 de junio del año 2017 hasta la fecha, donde he venido pagando regularmente y al día mis aportes.

En el mes de diciembre estuve internada durante una semana en la clínica por complicaciones en mi embarazo considerado de alto riesgo, lo que me impidió reincorporarme a mi empleo razón por la cual tuve un pequeño atraso en el pago del mes de enero de mi aporte a

seguridad social ya que era yo la persona encargada y designada por la empresa de realizar los aportes mes a mes. Dicha incapacidad fue tramitada ante nueva eps.

El día 30 de enero del año 2023, en la clínica Montería, fui intervenida quirúrgicamente y nació mi hija Auxiliadora Barrios Mestra.

El día 02 de febrero de 2023 al momento de firmar mi salida recibí mi incapacidad expedida por el médico tratante de la clínica Montería, me concedieron licencia de maternidad equivalente a 126 días, desde el 30/01/2023 hasta el 04/06/2023.

El día 10 de febrero presente solicitud a través de la aplicación de la empresa NUEVA EPS SA, aportando la documentación requerida para el reconcomiendo y pago de la licencia de maternidad entre ellos licenciada de maternidad expedida por médico tratante, certificado nacido vivo, epicrisis y, copia de cédula.

Dicha licencia transcurrió el periodo de evaluación de documentación y fue autorizada para solicitar el pago a través del usuario de la empresa donde laboro; esta solicitud del pago se realizó el día 31 de marzo.

El día 15 de abril de 2023 la empresa donde soy empleada recibe un correo electrónico por parte de NUEVA EPS SA, donde informan que la licencia de maternidad a mi nombre no sería pagada puesto que el último mes de cotización (enero de 2023) se pago el 11 de enero de 2023, cuando la fecha limite de pago era el 5 de enero de 2023.

Fui notificada por la empresa del no reconocimiento de mi licencia por lo cual llamé a nueva eps para radicar una petición y no obtuve respuesta alguna solo me dijeron que ya no podía hacer nada que había sido negada por el pago extemporáneo del mes de enero amparados en el decreto 1427 del 29 de julio de 2022.

II.II. PRETENSIONES

Pretende el accionante que, con fundamento en los hechos narrados, se tutelen sus derechos fundamentales arriba invocados, ordenando al ente accionado **NUEVA EPS** reconozca y pague su licencia de maternidad.

II.III PRUEBAS APORTADAS CON EL ESCRITO DE TUTELA.

Con el escrito de Tutela fueron aportadas las siguientes pruebas;

1. Licencia de Maternidad
2. Copia de las colillas de pago aportes en salud de mayo de 2022 a enero de 2023
3. Copia de historia clínica
4. Certificado de afiliación Nueva EPS

III. ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de mayo de 2023, esta judicatura mediante auto admisorio ordenó solicitar a la parte accionada rendir informe al respecto dentro del término de 24 horas.

Dicho auto admisorio de la presente acción constitucional, fue notificado a la entidad accionada a través correo electrónico institucional, el día 05 de mayo del corriente.

III.I. CONTESTACIÓN

La accionada **NUEVA EPS**, fue notificada del auto admisorio de la presente acción tutelar, el día 15 de mayo de 2023, a través de correo electrónico institucional y justicia web siglo XXI, en aras de que en ejercicio de su derecho a la defensa se manifestara respecto de los hechos en que se basa la presente acción tutelar.

Dentro del término concedido para ello, la entidad tutelada en su defensa frente a los hechos expuso que el área de prestaciones económicas se encuentra en el análisis y verificación de los hechos, pruebas y pretensiones del presente caso y que, una vez se cuente con la información, ésta será remitida a la menor brevedad al despacho.

Asimismo, indicó que la presente acción no es el medio idóneo para solicitar el pago de gastos médicos o transportes, licencias de maternidad e incapacidades, ya que advierte, que para tales efectos existen otros mecanismos jurídicos previstos en la normatividad vigente.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es la potestad que tiene toda persona de reclamar ante un juez la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública, o por un particular en los casos previstos en la ley. Esta acción ha llenado un vacío que acusaba la legislación colombiana en lo que concierne a la protección de dichos derechos, sin necesidad de formalismos o ritualidades por tratarse de una acción de naturaleza preventiva o cautelar.

IV.I. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución Política de Colombia consagra la Acción de Tutela como un mecanismo judicial de defensa para los ciudadanos que se encuentren afectados por la violación de sus derechos fundamentales; así está descrita en el artículo 86 de la mencionada Constitución Política:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo".

Conforme con lo anterior, deben estudiarse previamente los requisitos de procedencia de la demanda relativos a **(i)** la legitimación por activa y por pasiva, **(ii)** la subsidiariedad y **(iii)** la observancia del requisito de inmediatez, a los cuales debe preceder la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental.

1. Legitimación por activa. Al tenor del artículo 86 de la Constitución, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. En el presente caso, se interpuso en nombre propio.

2. Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra **NUEVA EPS**, donde el accionante se encuentra afiliada en salud.

3. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela "*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*". Asimismo, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como efectivamente fue interpuesta esta acción constitucional.

4-. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que las personas tendrán la acción de tutela para reclamar, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Sobre la inmediatez ha sostenido la Corte Constitucional que, si bien no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, ésta si debe hacerse en un tiempo razonable de lo contrario se desnaturalizaría la función de protección urgente de la acción de tutela; en el presente caso, se tiene que la licencia de maternidad y su trámite data del mes de febrero del año en curso, por lo que se tiene que es reciente.

DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

La Corte Constitucional en sentencia T- 643 de 2014, señaló:

"Requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales de trabajadores independientes y el concepto de allanamiento en la mora.

"Los requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales, se encuentran consignados en el artículo 21 de Decreto 1804 de 1999 "*Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*". **En dicha disposición, se establece que los trabajadores independientes tienen "(...) derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general (...)", siempre y cuando al**

momento de la solicitud y durante la incapacidad, cumplan con las siguientes reglas:

5.1.1. La primera regla contaba con dos disposiciones de igual rango normativo que regulaban el mismo asunto de forma diferente. Por un lado, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, **el trabajador independiente debía haber cancelado durante el año anterior a la solicitud, de forma completa sus aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** Por otra parte, el artículo 9º del Decreto 783 de 2000, que a su vez derogó el numeral 1 del artículo 3º del Decreto 047 de 2000, dispone que “[p]ara acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores (...) **independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa**”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que en virtud de los principios de temporalidad y favorabilidad, **el requisito que deben cumplir los trabajadores independientes, es haber cotizado completa e ininterrumpidamente mínimo cuatro (4) semanas antes de presentar la solicitud de pago de las indemnizaciones.**^[19]

5.1.2. **La segunda regla obedece al pago oportuno de los aportes antes de la solicitud de la licencia y durante el periodo de incapacidad.** Así, en el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, se establece que los aportes “(...) *deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho*”.

Por su parte el numeral 2º del mismo artículo 21 dispone que “*el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias*”.

5.1.3. La tercera regla, al igual que la segunda parte de la anterior, se encuentra consignada en el numeral 2º del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, de acuerdo con el cual **el trabajador independiente no debe tener ninguna deuda con "(...) las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora".**

5.1.4. De acuerdo con el numeral 3º del artículo 21, "[h]aber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema", corresponde a la cuarta regla que debe cumplir un trabajador independiente para ejercer su derecho al pago de una incapacidad médica.

5.1.5. Finalmente, como quinto requisito, el Decreto 1804 de 1999 establece el haber cumplido "(...) con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho".

5.2. El allanamiento a la mora aplicada al reconocimiento y pago de incapacidades generales a favor de trabajadores independiente

El concepto del allanamiento a la mora aplicada a los contratos de seguridad social en salud, fue desarrollada en la Sentencia T-059 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, a la luz de los principios de continuidad en la prestación de los servicios de salud^[20] y buena fe. Estableció dicha providencia:

"El contrato de seguridad social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción del contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica.

Por lo tanto, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido. A partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la E.P.S no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido.

(...)

Si la E.P.S se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento. (...)". (Subrayado en el texto original).

En un principio, la teoría del allanamiento a la mora fue utilizada de forma reiterada en la jurisprudencia de esta Corporación^[21] para evitar que las entidades prestadoras de servicio de salud que no hubiesen utilizado los mecanismo de cobro a su alcance, se fundamentaran en el no pago oportuno del cotizante para no reconocer el pago de una licencia de maternidad. Fue a partir de la Sentencia T- 413 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra que, en virtud de la similitud existente entre las situaciones que generan el reconocimiento y pago de una incapacidad médica con el de una licencia de maternidad, esta Corporación hizo extensiva a esos casos la aplicación de la teoría del allanamiento en la mora en los siguientes términos:

"Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el

mínimo vital. *En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.*

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales”.

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, también ha sido reiterada en extender la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiendo que si la EPS no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disponibilidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de una incapacidad médica general, al momento en que el trabajador presenta la solicitud.”

Caso concreto

Pretende la accionante que se ordene el pago inmediato por parte de la NUEVA EPS de la LICENCIA DE MATERNIDAD que tiene derecho.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela, la misma tiene el carácter de residual o subsidiaria, es decir, entra a operar cuando no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con el artículo 86 Superior y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la tutela no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales. Por esta razón, la acción de tutela se ha considerado como un mecanismo de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, pero no reemplaza al sistema judicial consagrado en la Constitución y la ley. Quiere ello decir que, quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de cualquier

autoridad pública o de un particular, está en la obligación de invocar y hacer efectivos sus derechos constitucionales a través de las acciones y recursos contenidos en el ordenamiento jurídico.

Igualmente, se ha predicado que la acción de tutela se torna en improcedente cuando se ha tenido al alcance un medio de defensa judicial ordinario y no se ha hecho uso del mismo.

Ahora bien, en el caso alega la accionante que le está siendo vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital, pues aduce no habersele pagado por parte de la entidad accionada su licencia de maternidad por el período del 30 de enero de 2023 hasta el 04 de junio de 2023, a la que indica tener derecho.

La Honorable Corte Constitucional en distintas oportunidades, ha reiterado que el no pago o el retraso en el pago de la licencia de maternidad, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su menor hijo, razón por la cual, acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría no permitir el goce efectivo de estos derechos, es por esto que el juez constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto. Al particular, en Sentencia T-278 de 2018, sostuvo lo siguiente:

"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".

Así mismo, sostuvo que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando se verifican dos aspectos: *"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"*. En cuanto a este último aspecto, señaló 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."*

Al respecto se observa que: (i) de acuerdo con el dicho de la accionante y conforme a la incapacidad aportada, su menor hija nació el 30 de enero de 2023 y la acción de tutela fue admitida el 15 de mayo de 2023, razón por la cual se encuentra superado el primer requisito, dado que ha transcurrido menos de un (1) año entre el nacimiento y la interposición del amparo constitucional; y (ii) existen supuestos que permiten presumir la afectación del mínimo vital de la señora NANCY JUDITH MESTRA ESPAÑA y de su hija recién nacida, toda vez que en el escrito de tutela advierte una grave lesión a este derecho, pues es empleada, cotiza sobre el salario mínimo y además su madre depende de ella económicamente hecho que no fue controvertido por la entidad accionada y que hace visible la violación a los derechos fundamentales de esta madre y su hija.

En cuanto a la falta de percepción de ingresos económicos, la Corte en Sentencia T-526 de 2019, donde examinó un caso similar, señaló:

"En este sentido, la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y de su hija recién nacida, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia como las de sus demás hijos que aduce tener a cargo[29], por lo que la intervención del juez constitucional es necesaria para garantizar los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas."

Por otro lado, el argumento de que la accionante no realizó la cotización en su último mes de gestación, es decir, la correspondiente al mes de enero, no es suficiente para negar el reconocimiento de la licencia, puesto la Corte concluyó, de conformidad con la Sentencia citada en el acápite anterior (T-526 de 2019), que si la EPS no efectuó el cobro coactivo al afiliado, no pueden negar el reconocimiento de la licencia de maternidad

por encontrarse la cotizante en mora, puesto se entiende que hubo un allanamiento.

"las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo."

En el presente caso, no existe prueba por parte de la E.P.S que haya realizado el cobro coactivo para desvirtuar el allanamiento a la mora, asimismo, se consideró que: *"la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad". **Así, "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó"**[44].*

Razón por la cual, se tutelaré el derecho fundamental al mínimo vital, ordenándole a NUEVA EPS, para que, a través de su Representante legal en el Departamento de Córdoba, o quien haga sus veces, que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice las gestiones del índole que correspondan a fin de que se ordene y pague la licencia de maternidad de la señora NANCY JUDITH MESTRA ESPAÑA.

Por lo señalado, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, actuando como juez constitucional, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital, en invocado por la señora **NACY JUDITH MESTRA ESPAÑA** identificada con C.C. N° 1.068.665.744 quien actúa en nombre propio, en contra de la empresa **NUEVA EPS**, por los argumentos expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante legal de **NUEVA EPS S.A.**, en el Departamento de Córdoba, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice las gestiones de la índole que correspondan, a fin de que se ordene y pague la licencia de maternidad de la señora NANCY JUDITH MESTRA ESPAÑA.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente esta decisión a las partes por el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR la presente tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada conforme el artículo, 32 del Decreto 2591 de 1991

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



MAGDA LUZ BENITEZ HERAZO
JUEZA