

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Barrancabermeja, Agosto Quince (15) de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por la accionante **LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO** contra el fallo de tutela fechado Seis (06) de Julio de dos mil veintitrés (2023), proferido por él **JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela interpuesta contra la **NUEVA E.P.S.** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida, a la seguridad social y al mínimo vital.

ANTECEDENTES

Al hacer uso de la acción de tutela, la aquí accionante **LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO** pretende que este despacho tutele los derechos fundamentales y constitucionales señalados, y en consecuencia se ordene de manera inmediata a la **NUEVA E.P.S.** para que proceda efectuar el pago correspondiente a la licencia maternidad amparada en el artículo 236 del código sustantivo del trabajo.

Como hechos que sustentan el petitum manifiesta la accionante que pertenece al régimen de salud contributivo a la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** Sigla: **NUEVA EPS S.A.**

En el año 2020 quedó en embarazo por lo que se vio en la situación de pagar como independiente su seguridad social en la fecha a la empresa gestionar seguros S.A.S

Señala que es madre soltera además cuenta con un empleo de medio tiempo y lo que gana no alcanza para el sostenimiento de su hija, por lo que pide sea consignado el dinero de la incapacidad a su número de cuenta de ahorros 488008995, BANCO ITAU y quien sea este juzgado resuelva mi situación lo más pronto posible.

Señala que para la fecha del año 2020 nació su bebe, motivo por el cual le dieron la licencia maternidad con número de radicado de incapacidad 6551623 y con fecha de inicio de incapacidad del 24- 12 – 2020 y fecha fin del 11 – 28 -04 2021 por un lapso de 126 días.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha Veintisiete (27) de Junio de dos mil veintitrés (2023), el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, dispuso admitir la presente acción tutelar contra de la NUEVA EPS, vinculando de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y VINCULADOS

Las vinculadas ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES además de la accionada NUEVA E.P.S. allegaron respuesta a la acción constitucional que nos ocupa durante el termino de traslado del escrito tutelar.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del Seis (06) de Julio de dos mil veintitrés (2023), el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, declaró la improcedencia de la presente acción de tutela por falta de inmediatez al considerar que:

*(...) la actora de la presente acción mantuvo un actuar pasivo desde el nacimiento de su hijo, esto es desde el 24 de diciembre de 2020 hasta la presentación de la presente acción constitucional; es decir más de **dos (2)** años para el reclamo del pago de su licencia de Maternidad por vía de tutela.*

Así las cosas y como quiera que no se evidencia la necesidad urgente e inmediata de una intervención por parte del Juez de tutela, se declarará improcedente por cuanto no se acreditó el requisito de inmediatez. (...)

IMPUGNACIÓN

La accionante **LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO** impugnó la providencia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Barrancabermeja sustentándose los siguientes términos:

“PRIMERO: Si bien es cierto como lo narre en la tutela soy madre cabeza de hogar, no cuento con el apoyo del progenitor de mi hija, y yo con el mayor esfuerzo pague como independiente mi seguridad social ALA NUEVA EPS, mientras estuve en embarazo con el fin de que se me cancelara la licencia de maternidad.

SEGUNDO: interpuse una tutela como mecanismo para que se me hagan valer mis derechos, ya que como lo reza la constitución política de Colombia, es un aliciente más corto y rápido, seguido a esto el fallo proferido por este honorable despacho, me declaran la tutela IMPROCEENTE POR EL REQUISITO DE LA INMEDIATES, mandándome acudir a la justicia ordinaria toda vez su señoría que no cuento con el dinero necesario para interponer demanda ya que esta hay que acudir a un profesional del derecho, y lo poquito que me corresponde, tendré que pagarle al abogado por su trabajo, quedándome yo sin un peso para el sustento de mi hija

TERCERO: Ante lo de la inmediatez, su señoría le manifiesto que yo como desconozco la norma, desde el momento que nace mi hija, empecé hacer la solicitud ante la NUEVA EPS, llamando y haciendo PQR para solicitar el pago y de una u otra forma me han evadido la responsabilidad y diciéndome q espere así de esta manera yo deje pasar el tiempo sin hacer nada más hasta hace poco que un señora me manifestó de la tutela, y por eso acudo a este medio.”

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación de la accionante resulta evidente frente a los derechos que se dicen vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-

3.- Respecto al reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela, la Corte Constitucional en reiterada

jurisprudencia, en especial en la sentencia T-115/10 ha establecido diferentes reglas para el pago proporcional de la licencia de maternidad tales como:

“3.1.10. A estas reglas ha de adicionarse la reformulación efectuada por la Sentencia T-1223 de 2008, en la que se distinguieron dos supuestos fácticos diferentes, a efectos de determinar si el pago de la licencia de maternidad -de prosperar la protección constitucional-, debía ser proporcional o total. -El primero, tiene que ver con el de las mujeres que pagaron tarde. En este caso, se trata de eventos en los que la trabajadora o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización de forma extemporánea y la EPS lo ha recibido, por lo que procede el pago completo de la licencia. -El segundo supuesto es el de las mujeres que pagaron incompleto. En estos casos, las trabajadoras que han cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación, en este evento, la compensación opera de manera proporcional. Es decir, la consecuencia jurídica en lo que respecta al amparo constitucional varía dependiendo del tiempo cotizado, así: a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia y b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación. Así, teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si el caso analizado es de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”.

4.- Así mismo la Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. Y ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

5.- De la misma manera, respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando la cotización es inferior al periodo de gestación mediante sentencia T-368 de 2015 señaló que:

“Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con las circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, atendiendo su circunstancia específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido. Y, (ii) que su empleador o ella

misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho. En lo referente al anterior requisito, la Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad”.

5.1. Sin embargo, la misma Corporación ha inaplicado en varias ocasiones la anterior disposición legal y en su lugar ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante, a que la afiliada no haya cotizado a la EPS durante todo el periodo de gestación. Al respecto ha señalado:

“En sentencia T-206 de 2007 esta Corporación sostuvo que “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”.

Posteriormente en Sentencia T-475 de 2009 recogió las reglas acerca de la procedibilidad del amparo de tutela para el pago de la licencia en el evento en que la madre no efectuó las respectivas cotizaciones dentro del periodo de gestación y el pago completo o proporcional de la referida prestación. En aquella oportunidad afirmó:

(i) En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”.

(ii) El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “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”.

(iii) Con base en el principio pro homine se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas”

5.2. En ese orden, uno de los medios en que se ha desarrollado la tutela a los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y de sus hijos por nacer o nacidos, es a través del reconocimiento de ciertas prestaciones económicas como la licencia de

maternidad, la cual es entendida como “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.

7. Ahora la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante, en reiteradas jurisprudencias el Alto Tribunal Constitucional ha dispuesto que, en virtud de la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, se presume la vulneración al derecho al mínimo vital de la madre y de su infante, sobre dicho tema en la citada sentencia T-503 de 2016 señaló:

“4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.”

8.- La Corte Constitucional ha señalado que la licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos

internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar., así en Sentencia T-498 de 2018 expuso:

“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^[25].

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 cubre 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 cubre 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”

9.- Si bien es cierto que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a las controversias económicas y la procedencia de su reclamación por vía de tutela, indicando que en general no son de recibo, al existir otro medio de defensa, como lo son las acciones ordinarias ante la Jurisdicción respectiva, también lo es que con la misma firmeza se ha pronunciado sobre la excepcional procedencia del mecanismo Constitucional cuando con ello se pretende la protección de un derecho fundamental vulnerado o amenazado como el mínimo vital, o el amparo de los individuos de especial protección como lo son entre otros la mujer embarazada y los niños.

10. En el recurso de alzada, rebate la accionante LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO la decisión adoptada por el a quo de negar la presente acción de tutela dado a que no se satisface el requisito de inmediatez propio de este tipo de acciones constitucionales.

Al respecto, el alto Tribunal Constitucional ha decantado que la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad, que puede solicitarse la protección de los derechos fundamentales en cualquier tiempo, cuando se encuentren amenazados o vulnerados; sin embargo cuando el trascurso del tiempo ha dado lugar a la consolidación de situaciones jurídicas que favorecen a los terceros de buena fe, o a bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia, ha precisado que sí debe aplicarse el principio de inmediatez.

Por ello, se ha dicho que la acción de tutela procede dentro del término razonable y proporcional contado a partir de la violación del derecho, de forma tal que se logren satisfacer los derechos del petente y de los terceros. De manera general se define como:

“El principio de inmediatez es entendido como un requisito de procedibilidad de la tutela el cual condiciona la presentación del amparo a un tiempo razonable desde la ocurrencia de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales. Si bien es cierto ésta se puede incoar en cualquier momento, no lo es menos que debe haber una actuación eficaz por parte del demandante”.

Lo anterior ocurre porque se trata de un mecanismo judicial que tiene como finalidad conjurar **situaciones urgentes**, que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando la acción se presenta mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante.

10.1. En ese sentido la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-022 de 2017, expuso:

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable.” (Subrayado fuera de texto).

En este mismo orden, la Alta Corporación en sentencia T-060 de 2016 dijo:

“El criterio de determinar el término razonable con base en las características especiales de cada caso en concreto, por lo cual, en algunas ocasiones un plazo de seis (6) meses podría resultar suficiente para declarar la tutela improcedente...”

Es por tanto que habiéndose excedido este término, coincide esta célula judicial con lo resuelto en el trámite de primera instancia respecto a que el asunto que nos convoca no reviste de la característica de ser una situación urgente en la medida en que la misma actora ha dejado trascurrir poco más de dos (02) años para hacer uso de este mecanismo a fin de obtener la consecución del pago de la prestación económica derivada de su licencia de maternidad, y que muy a pesar de que manifiesta que de este reconocimiento dependería su mínimo vital, la logrado subsistir sin este a la fecha.

11.- Por otra parte, de conformidad con el reparo realizado a la providencia objeto de impugnación en cuanto a la posibilidad que le asiste de recurrir a los mecanismos ordinarios de los que dispone a fin de satisfacer lo aquí pretendido, manifestado que *“no cuento con el dinero necesario para interponer demanda ya que esta hay que acudir a un profesional del derecho, y lo poquito que me corresponde, tendré que pagarle al abogado por su trabajo”* se le pone de presente a la actora que existen diferentes entidades como la Personería Distrital, la Defensoría del Pueblo, el Consultorio Jurídico de las universidades en los que se imparte la carrera de Derecho, entre otros que prestan la asesoría y el acompañamiento jurídico de manera gratuita a personas cuyas posibilidades económicas no les permite acceder a los servicios de un abogado contractual.

En ese orden de ideas, se confirmará, el fallo de tutela de fecha Seis (06) de Julio de dos mil veintitrés (2023), proferido por el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA por estar ajustado a derecho mediante el análisis de los elementos facticos que en torno a esta acción de tutela se circunscriben

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha Seis (06) de Julio del dos mil veintitrés (2023) proferido por el **JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA**, dentro de la acción de tutela impetrada por **LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO** contra la **NUEVA E.P.S.** por lo anteriormente expuesto.

SENTENCIA: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD. 1ª. NO. 2023-00469-00
RAD. 2ª. NO. 2023-00469-01
ACCIONANTE: LEYDI VANNESA PÉREZ SARMIENTO
ACCIONADO: NUEVA EPS S.A

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado

TERCERO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CESAR TULIO MARTINEZ CENTENO
JUEZ

Firmado Por:
Cesar Tulio Martinez Centeno
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Barrancabermeja - 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: **c29b2140c50116f33aa045f65ad3ac38338df44152b8f94b3bc264c7cbc7f4a0**

Documento generado en 15/08/2023 12:53:50 PM

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