

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, agosto diecisiete (17) de dos mil veintiuno (2021).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por la accionante **MARISOL DUARTE SUAREZ agente oficiosa de su menor hijo AGDP**, contra el fallo de tutela fechado 18 de julio del 2021 proferido por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, dentro de la acción de tutela impetrada contra **LA NUEVA EPS**, trámite al que se vinculó de oficio a la ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS – ADRES-, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y FERRETERÍA D Y G SAS.

ANTECEDENTES

MARISOL DUARTE SUAREZ quien actúa como agente oficiosa de su menor hijo AGDP, impetra la protección de sus derechos fundamentales de MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD y LA IGUALDAD. Solicita se ordene a **LA NUEVA EPS** el reconocimiento y pago de 126 días correspondientes a su Licencia de Maternidad conforme al numeral 5º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 o art. 236 del C.S.T.

Como hechos sustentatorios del petitum, señala:

1. *“Soy cotizante en de la entidad de salud NUEVA EPS*
2. *Quedé embarazada de mi hijo ALEJANDRO GUZMAN DUARTE estando afiliada a la entidad de salud NUEVA EPS en tutelada.*
3. *Se determinó como fecha probable de parto el día 14 de enero de 2019 y se realizó el parto el día 14 de enero de 2019.*
4. *Procedí a reclamar mi Licencia de Maternidad conforme al artículo 1º, numeral 5º de la Ley 1468 de 2011, que modificó en su integridad el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.*

5. *Conforme a lo anterior, mi Licencia de Maternidad corresponde a 126 días entre la fecha gestacional y el nacimiento a término.*
6. *Sorprendentemente y violatoriamente, la entidad de salud NUEVA EPS, no me ha reconocido el pago de la licencia de maternidad y otros estados postquirúrgicos especificados, establecidos desde el 14 de enero de 2019 hasta el 19 de mayo de 2019 días que verdaderamente correspondía conforme al numeral 5° del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011 o nuevo artículo 236 del C.S.T.*
7. *Se realizó el trámite administrativo ante la entidad de salud NUEVA EPS el día 19 de marzo de 2019, para el reconocimiento de la licencia y esta fue rechazada, informando mediante mensaje de texto. Luego se presentaron los documentos que hacían falta y los requerimientos de la NUEVA EPS, lo cual dilataron la revisión de dichos documentos.*
8. *Finalizando 2019 se entregaron los documentos faltantes y hasta la transcripción de licencia de maternidad.*
9. *Como todos sabemos frente al tema del año 2020, lo cual nos vimos afectados por pandemia e igual genero nuevamente dilaciones por la entidad.*
10. *Finalizando año solicitan nuevamente documentación de la empresa y actualización de documentos relacionados con mi cuenta bancaria y nueva radicación de documentación.*
11. *Superado este impase, según la entidad de salud ya me encontraba nuevamente para pago, del cual hasta la fecha no se ha podido realizar sin conocimiento de causa de la entidad.*
12. *Nos seguimos comunicando mediante el canal de servicio al usuario CHAT EVA por cuanto era el único habilitado, enviamos correos electrónicos sin respuesta, generamos reclamaciones que supuestamente deberían tener una respuesta en 5 días y hasta la fecha no hemos obtenido respuesta.*
13. *La última reclamación generada se realizó a finales de mayo de 2021 lo cual ya se abstiene de dar respuesta de la licencia de maternidad”.*

TRAMITE

Por medio de auto de fecha junio 24 de 2021, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja, admitió la presente acción tutelar y ordenó vincular a LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y FERRETERIA D Y G SAS.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y DEL VINCULADO.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD NUEVA EPS, contestaron dentro del término de Ley, la acción constitucional de las que les fue corrido el traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del 08 de julio de 2021, EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela promovida por la señora MARISOL DUARTE SUAREZ, actuando en nombre propio y de su menor hijo recién nacido, el menor AGD, contra LA NUEVA EPS siendo vinculados de oficio LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, FABRITODO JYM S.AS., por falta del requisito de inmediatez.

Dice la Juez *a quo* que revisado el registro civil de nacimiento allegado en medio digital, se demuestra que **la accionante dio a luz al menor el 14 de enero de 2019**, y la **acción de tutela fue radicada 24 de junio de 2021**, es decir, 29 meses aproximadamente después, sin que exista justificación alguna para que haya dejado transcurrir este término, pues si bien es cierto, en el escrito de tutela señala que efectuó los trámites ante su EPS para el reconocimiento y pago de la licencia, además que dada la pandemia originada en el año 2020, los trámites que efectuó presentaron dilaciones, lo cierto es que contrastado con los mismos hechos y las circunstancias que se han presentado, se tiene que para inicios del año 2020 (antes de iniciarse la pandemia ocasionada por el COVID 19), ya había transcurrido 1 año desde la expedición del certificado de la licencia de maternidad, sin que la actora tramitara la acción de tutela

Aunado a ello, también debe precisarse que desde el inicio de la pandemia hasta la fecha, no se ha presentado restricción alguna frente al trámite de las acciones constitucionales, es decir, los despachos del país siguieron con el conocimiento y trámite de acciones de tutela a través de medios virtuales, como en el presente caso sucede, por lo cual, no es de recibo, las manifestaciones de la actora frente a la demora en la interposición de la tutela.

Por ello indica que no se encuentra justificación alguna para no haber acudido a tiempo a interponer esta acción; encontrándose en consecuencia, que esta acción carece del requisito de INMEDIATEZ.

Ante este panorama, es claro que la acción de tutela resulta improcedente, además de no haberse evidenciado la configuración de un perjuicio irremediable, pues a la fecha la NUEVA EPS indicó que bien puede la accionante allegar los documentos requeridos para obtener el pago de su licencia de maternidad.

IMPUGNACIÓN

- **MARISOL DUARTE SUAREZ** impugno el fallo de primer grado, argumentando que la NUEVA EPS, como entidad prestadora de un servicio público como es la salud, expresarse con la verdad, ser clara y precisa. No se puede pretender alegar que no se cumple con la inmediatez cuando no se cumplen los principios de eficacia y eficiencia por la entidad accionada. Por lo anterior, no pueden decir que la información, documentos, requisitos y demás solicitado para la licencia de maternidad no han sido allegados.

Señala que las prestaciones económicas (licencia de maternidad) genera una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, igualdad y dignidad humana en conexidad con el mínimo vital y debilidad manifiesta. Expresando no por gusto de rechazarla en calidad de accionante, sino que debido a la negligencia administrativa de las entidades no pueden generarse una carga más a quien solicita un derecho fundamental. Viendo en los anexos que se han realizado correctamente los trámites y las respuestas tardías por ejemplo de la NUEVA EPS donde se le han allegados los documentos requeridos.

En su momento a la entidad de salud NUEVA EPS se le realizaron las peticiones correctas mediante la plataforma habilitada para el servicio y llamadas con el operador. Las respuestas entregadas eran que estaban en trámite para pago.

La acción de tutela se inició en tiempo razonable la cual se realizó en el mes de junio de 2021, cuando la entidad en el mes de mayo le manifestó nuevamente que estaba para pago, sin dar otra respuesta alguna y nuevamente dilatando y engañando, ya que lo manifestado en la contestación era que todavía no se han allegado todo los documentos, cuando le manifestaban era que estuviera pendiente que ya muy pronto se realizaría el pago, por ello solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

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.- En el presente caso corresponde al despacho determinar si le asiste razón a la accionante para impugnar el fallo de tutela aduciendo que los trámites realizados para el pago de la licencia de maternidad fueron realizados dentro del término.

4.- Frente a la protección de los derechos fundamentales de la madre embarazada y del hijo recién nacido, el constituyente de 1991, se preocupó en gran parte de la situación de indefensión y vulnerabilidad que pueden padecer ciertos asociados, por lo que se estableció una protección reforzada en aquellas personas que se encuentren en dichas condiciones de inferioridad, es por ello, que el artículo 43 de la Constitución Política, demarca de manera clara la especial asistencia y protección por parte del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, así como la de su hijo.

4.1. Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-127 de 2009, MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto señaló:

“Reflejo del espectro protector previsto por las normas internacionales y en desarrollo de la definición del Estado colombiano como Social y de Derecho (artículo 1º) y específicamente de su deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13), la Constitución de 1991 dispuso en su artículo 43, de un lado, la igualdad de derechos y oportunidades

entre hombres y mujeres junto con la consecuente prohibición de toda clase de discriminación con fundamento en el género, y de otro, el derecho de las mujeres a gozar de la especial protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Así mismo previó la posibilidad de recibir un subsidio alimentario si entonces estuvieren desempleadas o desamparadas.

En igual sentido y buscando proteger en forma expresa a las madres trabajadoras, el artículo 53 superior estableció como principio rector en materia laboral, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Los preceptos antes citados establecen pues, medidas de protección destinadas a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niñas y niños, en atención a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ellas y ellos ostentan con fundamento en los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional”

La protección constitucional, se ha materializado en el establecimiento de la estabilidad reforzada, la atención en salud de la mujer gestante, la licencia de maternidad, descansos remunerados, la atención gratuita en salud para menores de un año, entre otros.

4.2. 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.

5.- 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 e 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 cobija a las madres y a sus hijos o hijas; e (ii) integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.”

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

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

6. 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.”*

7. Ahora, respecto al requisito de inmediatez, la Corte Constitucional señala que el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de las garantías fundamentales que se considera son amenazadas o vulneradas, lo que implica que su propósito es proporcionar una protección urgente, rápida y oportuna.

7.1. En principio la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad, de modo que puede solicitarse la protección de los derechos fundamentales en cualquier tiempo, bajo el supuesto que se encuentren amenazados o vulnerados; pero, 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, el máximo órgano Constitucional ha indicado que debe aplicarse el principio de inmediatez.

Por ello, se ha manifestado 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”.

En igual sentido la Honorable Corte Constitucional en sentencia T 900 de 2014, expuso:

“... La jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa

judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

“Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así, pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.”

7.2. De esta forma, con el fin de determinar la razonabilidad del lapso entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, la Corte Constitucional ha establecido tres factores a considerar:

- (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes;
- (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y
- (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado.

7.3 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...”

8. Con relación al requisito de inmediatez el cual exige que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, el Juzgado establece que la presente acción constitucional no cumple con este requisito, dado que sobrepasa la razonabilidad para acudir a la protección de sus derechos fundamentales, tampoco observa esta instancia que la demora de la accionante en acudir a la jurisdicción sea justificada, pues carece de prueba respecto a ello.

8.1. Hay que recordar que la tutela es una acción de aplicación preferente y sumaria, para la efectiva defensa del derecho objeto de violación o amenaza, y no le es propio remplazar los procesos especiales, ni ordinarios correspondientes para cada caso; el propósito específico de su consagración es brindar a la persona la protección inmediata, efectiva y actual de sus derechos fundamentales, careciendo de sentido que quien padece el quebrantamiento de una garantía valiosa no la reclame oportunamente, y no justifique idóneamente el motivo de su tardanza

para reclamar sus derechos, pues no hay razón para que la accionante haya tardado más de un año para acudir a la vía constitucional. En armonía a lo anterior, la confirmación de la decisión de primera instancia no se hace esperar.

9. Del trámite surtido y de las mismas pruebas allegadas por la actora, se verifica que la incapacidad aportada inicio el 14/01/2019, esto es data de fecha mayor a un año de expedición, por lo que no encuentra razonable este despacho la vulneración de derecho fundamental alguno, en razón a que no se probó la gestión adelantada por parte de la accionante para ese momento.

9.1 De otro lado, no se obtiene constancia de negación de dicho pago, pues en la respuesta emitida por la accionada, exhorta a la accionante para que allegue la totalidad de los documentos requeridos para el pago del auxilio que requiere a través de esta acción.

10. En tal virtud encuentra el Despacho que desde el momento de la expedición de la incapacidad por licencia de maternidad aportada por la accionante hasta la fecha de la presentación de este mecanismo transitorio, ha transcurrido más de un año.

11. Por lo anterior, no existe conexidad con el principio de inmediatez que exige este mecanismo especialísimo de la acción tutelar; considerando este estrado que si existiera un estado de necesidad para la accionante, debió en su momento o siquiera dentro de un término prudencial, instaurar la acción a la que hubiere lugar desde la ocurrencia del daño o desde el instante en que se empezara a causar un perjuicio irremediable, por lo que la accionante debe allegarlos documentos requeridos ante la EPS accionada, para que se le cancele los dineros ocasionados con la licencia de maternidad.

En ese orden de ideas, se confirmará el fallo de tutela de fecha 8 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja.

Por 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 8 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja dentro de la acción de tutela impetrada por **MARISOL DUARTE SUAREZ agente oficiosa de su menor hijo AGDP**

contra **NUEVA EPS** trámite al que fue vinculado de oficio la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y FERRETERIA D Y G SAS, por lo expuesto en la parte motiva.

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

Civil 002

Juzgado De Circuito

Santander - Barrancabermeja

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:

fdedce1d9b5dfad5e894cad0544f3925068b7b65729d4e883ce0a6fcb838efd0

Documento generado en 17/08/2021 02:29:43 PM

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