

Al Despacho de la señora Juez, la presente impugnación de tutela concedida por el **Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta** dentro de la acción de tutela radicada bajo el **N° 54-001-41-05-001-2020-00258-01** seguida por la señora **CLAUDIA YOLIMA ESTEBAN RODRIGUEZ** en contra de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA CÚCUTA** y con integración de **FIDUCIARIA LA PREVISORA, la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL -CUB, CLÍNICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S., FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SALUD (FOMAG), administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER (FOSCAL)** la cual fue recibida en la fecha por correo electrónico. Sírvase disponer lo pertinente.

San José de Cúcuta, 21 de julio de 2020

El Secretario,

LUCIO VILLAN ROJAS

JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO

San José de Cúcuta, veintiuno de julio de dos mil veinte.

Examinado el contenido de la presente impugnación se hace procedente aceptar la misma.

Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA:

1° ADMITIR la presente impugnación de tutela concedida por el **Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta** dentro de la acción de tutela radicada bajo el **N° 54-001-41-05-001-2020-00258-01** seguida por la señora **CLAUDIA YOLIMA ESTEBAN RODRIGUEZ** en contra de la **FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA CÚCUTA** y con integración de **FIDUCIARIA LA PREVISORA, la UNIÓN TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL -CUB, CLINICA DE URGENCIAS BUCARAMANGA S.A.S., FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SALUD (FOMAG), administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER (FOSCAL)** e interpuesta por el **UNION TEMPORAL UT RED INTEGRADA FOSCAL - CUB** contra el fallo de fecha 26 de junio de 2020.

2° NOTIFICAR el presente auto a la accionante y a la entidad accionada, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

3° DAR el trámite corresponde a la presente impugnación, una vez cumplido lo anterior

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARICELA C. NATERA MOLINA

El Secretario,

LUCIO VILLAN ROJAS



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
RAMA JUDICIAL DEL PORDE PÚBLICO
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, veintiuno (21) de Julio de dos mil veinte (2020)

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RADICADO: 54-001-31-05-003-2020-00176-00
ACCIONANTE: NANCY ROCÍO RAMÍREZ RODRÍGUEZ
ACCIONADO: NUEVA EPS

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela impetrada por la señora **NANCY ROCÍO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** en representación del menor **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ** en contra de **NUEVA EPS**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad.

1. ANTECEDENTES

La señora **NANCY ROCÍO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, en representación del menor **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ**, interpuso la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Es cotizante independiente en la Nueva EPS desde el primero de agosto del 2017.
- Quedó embarazada de su hijo **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ**, estando afiliada a la Entidad Promotora de Salud accionada.
- El médico tratante determinó como fecha probable de parto el día 27 de abril de 2020, según obra en el certificado de incapacidad o licencia de maternidad.
- Realizó cotizaciones en los meses de enero, febrero y marzo de 2020, sobre un IBC de cuatro (4) salarios mínimos, es decir, la suma de \$3.736.096.33, salario que devengaba al momento de iniciar la licencia de maternidad.
- Por motivos de preclamsia severa y doppler placentario alterado dio a luz el día 28 de marzo del 2020.
- El 28 de abril de 2020, reclamó ante la NUEVA E.P.S., el reconocimiento y pago de la licencia de la maternidad conforme el artículo 1° del Ley 1468 de 2011, la cual debía corresponder a un total de 157 días.
- Sin embargo, la NUEVA E.P.S., solo le reconoció la suma de \$1.841.395 el cual es inferior al que por derecho le corresponde.

- Al realizar la liquidación del salario base de cotización \$3.736.096.33, dividir este por 30 días, arroja un total de \$124.436 y al multiplicarlo por 157 días, se tiene que la licencia de maternidad equivale a la suma de \$19.536.452.
- Su compañero permanente no devenga salario y actualmente no reciben ingresos de ningún tipo.
- La anterior circunstancia ha repercutido en que el recién nacido no pueda gozar de una vida en buenas condiciones, solo tienen egresos, uno de ellos es el pago de la hipoteca del apartamento donde residen, el pago de las cuotas de un vehículo y la alimentación, así como otros gastos.

2. PETICIONES

La parte accionante **NANCY ROCIO RAMIREZ RODRIGUEZ** solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad y, en consecuencia, se ordene a la **NUEVA EPS** reliquide la licencia de maternidad teniendo en cuenta el salario base de cotización de los últimos 3 meses anteriores al parto, por un valor total de \$19.536.452.

3. TRÁMITE DE INSTANCIA

La acción de tutela fue admitida mediante el auto del 10 de julio de 2020, ordenando a la NUEVA E.P.S. que rindiera el respectivo informe sobre los hechos planteados por la parte accionante.

4. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

La **NUEVA EPS** dio respuesta al requerimiento efectuado por el Despacho, en los siguientes términos:

- Verificando el Sistema Integral de NUEVA EPS, se evidencia que la accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.
- Indicó que la liquidación y pago de la licencia de maternidad de la usuaria **NANCY ROCÍO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, se ajustó a lo establecido en el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, que respecto a las trabajadoras independientes cuando cotizan por un periodo inferior al de la gestación, señala que se cancelará proporcionalmente al número de días cotizados.
- En el caso de la afiliada esta ingresó al sistema el 01 de junio de 2017, el parto se dio el 28 de marzo de 2020, el periodo de gestación fue de 245 días (35 semanas) y cotizó 90 días, por lo que, mediante comunicación del 06 de julio de 2020, la NUEVA E.P.S., le informó que se aprobó el pago de la licencia de maternidad por un valor \$1.841.395, la cual fue aprobada por un total de 157 días. Así mismo, señaló que el pago de los valores autorizados se haría efectivo por medio de transferencia electrónica a la cuenta de ahorros N° 0306637562 del banco BBVA del cual es titular la señora **Ramírez Rodríguez**.
- Igualmente agregó que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reembolso de gastos médicos o transportes, licencias de maternidad e incapacidades puesto que para ello existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad

vigente. es así como antes de acudir a la acción de tutela, la cual prevé claramente dentro de sus requisitos de procedibilidad la inexistencia de otros medios de defensa judicial, el usuario debió haber agotado dichos mecanismos.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela y las pruebas aportadas, este Despacho debe determinar si la **NUEVA EPS**, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad de **NANCY ROCIO RAMIREZ RODRIGUEZ** y su hijo **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ** como consecuencia de liquidar la licencia de maternidad sin tener en cuenta el salario base de cotización de \$3.736.096; y si es procedente que a través de este mecanismo constitucional se ordene su reajuste.

5.2. Aspectos Generales de la acción de tutela

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de éstos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero 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, en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular.

5.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y Cuando se realiza a través de agente oficioso. 1

1 Corte Constitucional. Sentencia T-950 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

En este caso, la señora **NANCY ROCIO RAMIREZ RODRIGUEZ**, actúa en causa propia para reclamar una vulneración en sus derechos fundamentales, por lo que se encuentra legitimada para actuar.

5.4. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad

La licencia de maternidad se consagró en el artículo 236 del C.S.T., como un descanso remunerado de 18 semanas, según lo estableció la Ley 1822 de 2017, que se le reconoce a la mujer trabajadora que ha dado a luz a un hijo o ha tenido un caso de aborto, siempre y cuando esté afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud y cumpla con ciertas condiciones y requisitos. Por regla general, la licencia de maternidad está a cargo de la E.P.S. a la cual está afiliada la trabajadora, y en caso de no cumplir con algún requisito esencial para que sea subrogada por el Sistema de Seguridad Social, esta debe ser asumida directamente por el empleador.

En el ámbito constitucional, se ha considerado que la licencia de maternidad más que una prestación social “(...) 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. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.” (Sentencia T-503 de 2016).

En lo que se refiere a los requisitos que se deben cumplir por la madre trabajadora para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en la sentencia T-503 de 2016, se indicó que de conformidad con la Ley 100 de 1993, el Decreto 1804 de 1999 y Decreto 47 de 2000, este derecho se causa cuando: 1. La afiliada haya cotizado durante todo el periodo de gestación ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad Social en salud. 2. Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Así mismo la Corte Constitucional en la referida providencia indicó respecto al requisito de realizar las cotizaciones ininterrumpidas, que éste no se debe exigir taxativamente, por lo que “ (...) el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido.”

En relación con el pago de las cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, se explicó 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.”

Según lo explicó, la Corte Constitucional en la Sentencia T-503 de 2016, la acción de tutela es el mecanismo procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad, con el fin de evitar

la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de los derechos al mínimo vital y la vida de la madre trabajadora y el menor, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

“6.1. “En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable.

De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento;
y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

6.2. Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida.

6.3. En los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos.

6.4. Así mismo, la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención.

6.5. Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela[53], más aun cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.”

Así las cosas, para resolver el caso concreto y determinar que es procedente la acción se debe verificar si la parte accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente a la fecha del parto, y respecto a la afectación del derecho fundamental al mínimo vital opera la presunción según el cual la falta de pago de la licencia transgrede ese derecho, debido a que el objeto de la misma es reemplazar el salario mientras la madre se encuentra

descansando en razón del parto, y su falta de pago pone en peligro su subsistencia.

Lo anterior, implica que es a la correspondiente Entidad Promotora de Salud, a quien le corresponde desvirtuar esa presunción y debe demostrar que no existe una afectación del mínimo vital.

4.7. Caso concreto

Referente al caso en concreto, tenemos que la actora solicita que la reliquidación de la licencia de maternidad, la cancelación de esta teniendo en cuenta el salario base de cotización de los últimos tres meses de cotización y se consigne dicho valor a la cuenta de la actora.

En este caso, se advierte de las pruebas allegadas al proceso lo siguiente:

- De acuerdo con el certificado de nacido vivo como antecedente para el registro civil del Dane y el registro civil aportado con la acción, el menor **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ** nació el 26 de marzo de 2020.
- De acuerdo con el certificado de incapacidad o licencia de maternidad autorizada con el N° 1246131, a la señora NANCY ROCÍO RAMÍREZ se le concedió una licencia por un total de 157 días.
- Según consta en la comunicación del 06 de julio de 2020, la NUEVA E.P.S., le informó que se aprobó el pago de la licencia de maternidad por un valor \$1.841.395, la cual fue aprobada por un total de 157 días. Así mismo, señaló que el pago de los valores autorizados se haría efectivo por medio de transferencia electrónica a la cuenta de ahorros N° 0306637562 del banco BBVA del cual es titular la señora Ramírez Rodríguez.

Al analizar las anteriores pruebas, se observa que la accionante acreditó los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la cual fue cancelada por la **NUEVA E.P.S.**, por la suma de \$1.841.395, por lo que la discusión que se plantea no se origina en la ausencia del pago de la licencia sino su reajuste, en la medida que la actora pretende que se liquide con otro salario base de cotización.

Bajo ese presupuesto, debe indicar este Despacho que el requisito de procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad es la ausencia de este; por lo tanto, este mecanismo no puede ser un escenario en donde se discuta si el valor cancelado por la Entidad Promotora de Salud se realizó conforme a los salarios base de cotización del afiliado.

Además, debe advertirse que en la planilla de cotizaciones que fue aportada por la actora con la acción, se evidencia que los salarios base de cotización tuvieron variaciones desde mayo de 2019 a marzo de 2020, llegando inclusive a cotizar en algunos periodos sobre un salario mínimo legal mensual vigente. Y en específico para los meses de enero, febrero y marzo realizó cotizaciones reportando un IBC de \$877.803, \$1.345.935 y \$2.018.801; y no en el monto que alega en los hechos de la presente acción.

Por lo tanto, la competencia para definir cual debió ser el IBC que sirvió de base para liquidar la licencia de maternidad y si es procedente la reliquidación de la misma, le corresponde únicamente al juez laboral; en la medida que en este caso no existe ausencia de su pago sino una controversia sobre su monto; por lo tanto, se declarará improcedente la acción de tutela.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela impetrada por la señora **NANCY ROCÍO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** en representación del menor **ALAN SANTIAGO APARICIO RAMÍREZ** en contra de **NUEVA EPS**.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados conforme a lo señalado en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, en caso de no ser impugnada, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser seleccionada para revisión, se dispone obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y el archivo de la acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

