

Floridablanca, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

TUTELA

RADICADO: 2023-00144
ACCIONANTE: JESSICA GERALDIN TORRALBA RUIZ
ACCIONADO: NUEVA EPS
SENTENCIA DE TUTELA

ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por la señora JESSICA GERALDIN TORRALBA RUIZ contra NUEVA EPS, trámite al que se vinculó a la Dirección Territorial del Ministro de Trabajo de Santander, ante la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana.

ANTECEDENTES

1.- La señora Jessica Geraldin Torralba Ruiz - de 33 años de edad y afiliada al régimen contributivo en salud a través de la Nueva EPS – expuso que el 18 de agosto dio a luz a su segundo hijo, para lo cual el 31 siguiente la EPS le comunicó que reconoció su licencia de maternidad, así que el 17 de septiembre solicitó se la pagaran, pero el 29 posterior le informaron que “no es posible efectuar el reconocimiento económico (...)” porque pagó extemporáneamente el aporte de agosto, razones suficientes para acudir al presente trámite constitucional, a efectos que se ordene el pago total de la licencia de maternidad.

2.- Una vez avocado conocimiento se vinculó al trámite a los representantes legales de Nueva EPS y al Director Territorial del Ministro de Trabajo Santander, quienes manifestaron lo siguiente:

2.1. El Representante Legal Judicial de Nueva EPS expuso que – tras verificar el sistema integral - evidenció que la accionante está suspendida para recibir la “asegurabilidad y pertenencia en el sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo”, pero no explicó por qué razón; el reconocimiento económico derivado de las incapacidades debía estar ininterrumpido - 30 días por mes - y se calculaba a partir de la fecha en que se reporta el pago y no a partir de la fecha en que se realizó la afiliación.

La acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el pago de licencias de maternidad, puesto la accionante cuenta con el acceso a la jurisdicción ordinaria, ante el juez laboral; sin embargo, en caso de acceder a lo solicitado, pidió facultarla para efectuar el recobro.

2.2. El asesor de la Dirección Territorial de Santander del Ministerio de Trabajo informó que no le está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, pues dicha competencia radica en los distintos Jueces y, por ende, pidió desvincularlo del presente trámite.

CONSIDERACIONES

3.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y ágil para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, caracterizado por su naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando se utilice como herramienta transitoria para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

4.- Atendiendo a lo consignado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra la Nueva EPS.

5.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora Jessica Geraldin Torralba Ruiz está facultada para interponerla, como presunta perjudicada.

6.- De acuerdo a lo planteado por la accionante, el problema jurídico se contrae a determinar si se vulneró el derecho al mínimo vital, al no pagar en su totalidad la licencia de maternidad.

La respuesta surge afirmativa, pues el pago de la licencia de maternidad se presume como la única fuente de ingreso de la trabajadora independiente, que con ocasión del parto requiere de un descanso que le permita recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, así que la ausencia del pago conforme al IBC vulnera el derecho al mínimo vital porque - según lo informado por la accionante vía telefónica¹ - únicamente cotiza ante el sistema de seguridad social por un salario mínimo legal y no tiene más fuentes de ingresos para costear sus necesidades, lo que se traduce en una efectiva vulneración para las garantías fundamentales que demanda la intervención del Juez constitucional en pro de salvaguardar las necesidades de la tutelante que acabó de dar a la luz, como también las del menor recién nacido.

6.1. Premisas de orden jurídico sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

6.1.1. Respecto de la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante, el máximo Tribunal Constitucional indicó las siguientes reglas:

¹ Archivo digital No. 008, cuaderno de tutela.

“... 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. 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. 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]. 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. 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. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas *personales* sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar...”²

6.1.2 El artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 – que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.” – subrayas fuera de texto original

El artículo 2.2.3.2.9. del Decreto 1427 de 2022 definió lo siguiente: “IBC para el reconocimiento y pago de licencias de maternidad y paternidad. El reconocimiento y pago de las licencias de maternidad y paternidad se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar esta, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia.”

6.1.3. En lo concerniente a la oportunidad de interponer la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad y en qué manera se debe reconocer –total o proporcional- teniendo en cuenta las semanas cotizadas durante el periodo de gestación, el alto Tribunal Constitucional decantó que

² T-503 de 2016

“(…) la jurisprudencia ha establecido las siguientes condiciones: (i) el término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo, (ii) la responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador y (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe. (...)”³

“(…) 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. (...)”⁴
(Negrillas agregadas)

6.1.4. En relación a la negación del pago de la licencia de maternidad en favor de la beneficiaria, por haberse realizado las cotizaciones ante el sistema de seguridad social de manera extemporánea, la Corte Constitucional ha indicado 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 maternidad.**”
(Subrayas agregadas por el despacho)

6.2. Premisas fácticas

Se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional - porque se allegaron los medios de prueba para tal fin o no fue objeto de discusión entre las partes - que:

³ T – 049 de 2011

⁴ T – 621 de 2009

i) La señora Jessica Geraldin Torralba Ruiz se encuentra afiliada en calidad de cotizante independiente al sistema de seguridad social del régimen contributivo de salud a través de Nueva EPS, dio a luz a su hijo el 18 de agosto del año en curso, e interpuso la presente acción de tutela el 6 de octubre siguiente, por lo que la presente tutela cumple el requisito de procedibilidad al radicarse dentro del año siguiente desde tuvo el alumbramiento.

ii) El ingreso base de cotización de seguridad social de la accionante equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, por lo cual, se puede inferir que al no reconocerse ni pagarse las licencias de maternidad, se puede ver gravemente afectada su subsistencia, como la del menor recién nacido, correspondiéndole a la entidad demandada desvirtuar la presunción de afectación del derecho al mínimo vital, circunstancia que no sucedió en el presente caso.

iii) Respecto del periodo de cotización de la señora Jessica Geraldin Torralba Ruiz, se tiene que dio a luz a el 18 de agosto de 202, cotizó⁵ durante diciembre de 2022, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2023, o sea, durante 38 semanas de las 40 de gestación, así que tiene derecho al reconocimiento total de la licencia de maternidad. En efecto:

Mes	Días Cotizados
Agosto 2023	30
Julio 2023	30
Junio 2023	30
Mayo 2023	30
Abril 2023	30
Marzo 2023	30
Febrero 2023	30
Enero 2023	30
Diciembre 2022	30
TOTAL	270 (270/7=38 semanas de cotización)

iv) A la accionante se le reconoció la licencia de maternidad, mediante orden médica del 19 de agosto de 2023, pero la Nueva EPS no se la ha cancelado.

v) La tutelante realizó las cotizaciones ante el sistema de seguridad social en salud durante el periodo de gestación, sin que la EPS accionada se negara a recibirlas o realizara requerimiento alguno por haberlas realizado de manera extemporáneas, por lo que se allanó a la mora y no puede proponer los pagos extemporáneos como una causal para oponerse al pago de la licencia de maternidad, mucho menos para suspender los servicios de salud de la demandante.

⁵ Según lo reportado por Nueva EPS - Archivo digital No. 006 folio 15, cuaderno de tutela.

7.- Conclusiones. Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas jurisprudenciales y legales, se logró dilucidar lo siguiente:

7.1. Es evidente que el núcleo esencial del derecho al mínimo vital de la accionante y de su menor hijo se encuentra vulnerado ante la ausencia del pago de la licencia de maternidad - según el IBC reportado para el día en que se causó -, pues el emolumento – que hace las veces de salario – es la única fuente de ingresos de la trabajadora independiente, afirmación sobre la que no existió discusión alguna; en consecuencia, la licencia de maternidad - más que una pretensión económica - es el único medio con el que cuenta una madre gestante para satisfacer su subsistencia y de su prole.

7.2. En vista de que la accionante, cotizó de manera ininterrumpida ante el sistema de seguridad social en salud, durante su periodo de gestación sin que se haya sustraído de cotizar por más de diez semanas, la licencia de maternidad se le debe reconocer de manera completa.

7.3. La entidad accionada no se negó a recibir los aportes al sistema general en seguridad social en salud, ni la requirió por realizar las consignaciones de manera extemporáneas, lo que se traduce en que se allanó a la mora, por lo que – se reitera - no puede proponer los pagos extemporáneos como una causal para oponerse al pago de la licencia de maternidad, mucho menos para suspenderle los servicios de salud.

7.4. El recobro es un derecho legal que les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud, conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998, por lo que es innecesaria una orden de tutela en tal sentido; es decir, dicha figura opera por ministerio de la Ley y, por ende, la acción de tutela es inocua para solucionar asuntos netamente administrativos, en tanto la misma está diseñada para proteger los derechos fundamentales, no para atender pagos o prestaciones económicas que - de suyo - no deben reclamarse por ésta vía Constitucional.

Corolario de lo anterior, se concederá el amparo deprecado y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de la Nueva EPS que – dentro de las 48 horas siguientes – proceda a cancelar la licencia de maternidad reconocida a favor de la señora Jessica Geraldin Torralba Ruiz Sierra Pabón el 19 de agosto de 2023, de manera total según el IBC reportado en el sistema general de seguridad social en salud y – de haberlos suspendido – le reactive los servicios de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga Descentralizado en Floridablanca – en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de la señora JESSICA GERALDIN TORRALBA RUIZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.098.693.110, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **ORDENAR** al representante legal de la Nueva EPS que – dentro de las 48 horas siguientes – proceda a cancelar la licencia de maternidad reconocida a favor de la señora JESSICA GERALDIN TORRALBA RUIZ el 19 de agosto de 2023, de manera total según el IBC reportado en el sistema general de seguridad social en salud y – de haberlos suspendido – le reactive los servicios de salud, so pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado y una vez retornen de allí, se dispone su **ARCHIVO**.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSE ALBERTO PLATA ANGARITA
JUEZ