



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CUMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2021-00183-00

Accionante: SINDY YULIETH OSPINO MEZA en nombre propio y en representación de su menor hijo JOSÉ MIGUEL BAÑOS OSPINO.
Accionado: MEDIMÁS E.P.S.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por la señora SINDY YULIETH OSPINO MEZA, en nombre propio y en representación de su menor hijo JOSÉ MIGUEL BAÑOS OSPINO, en la que se acusa la vulneración del derecho fundamental a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

-Manifestó la accionante que está afiliada a Medimás EPS en calidad de cotizante, vinculada laboralmente con su empleador, la señora Dolí Adenis Rojas Zarate, desde agosto de 2018, quien ha cumplido con los aportes periódicos al Sistema de Seguridad Social conforme a los requisitos de Ley.

-Agregó que el 17 de febrero de 2021, mediante procedimiento ecográfico le diagnosticaron embarazo fisiológico con edad gestacional de 13 semanas y 1 día, en el cual inició su proceso de seguimiento y control prenatal, en el que fue atendida por Gineco-obstetricia del hospital Infantil Universitario San

José con reporte clínico como cotizante afiliada de Medimás EPS y con una licencia de incapacidad por 7 días a partir del 17 al 23 de febrero de 2021, en razón a una amenaza de aborto.

-El 17 de agosto de 2021 ingresó al Hospital Infantil Universitario San José a la unidad de urgencia Gineco-obstetricia para inducción del parto teniendo 39 semanas de gestación, fecha en que nace su hijo como constata en el Certificado de Nacido Vivo, y el hospital expide la incapacidad medica por 126 días **con la connotación bajo el Régimen Subsidiado contrario a su calidad de cotizante contributivo.**

-El 21 de agosto de 2021 remitió la incapacidad, historia clínica y certificado de nacido vivo a su empleador para el trámite de liquidación de la licencia de maternidad ante MEDIMAS E.P.S., **como régimen contributivo Cotizante y el 24 de agosto la entidad le envió respuesta indicando que pertenece al régimen subsidiado en salud.**

-Finamente señaló que acude a la acción de tutela para que no se le vulnere el derecho a la licencia de maternidad por la categoría de la afiliación de conformidad con lo establecido en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de julio 29 de 2021.

1.2. Pretensiones.

En consecuencia, pretende en protección de sus derechos y los de su hijo recién nacido, se ordene a la entidad prestadora de salud, el reconocimiento y pago de 126 días correspondientes a la licencia de maternidad, conforme al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de julio 29 de 2021, así como, el trámite prioritario al presente asunto corrigiendo la categoría régimen subsidiado a régimen contributivo Cotizante.

1.3. Trámite Procesal

Correspondiéndole por reparto a éste Juzgado conocer de la acción, mediante auto de fecha 13 de septiembre de 2021 se admitió la tutela, ordenándose oficiar a la entidad accionada y la vinculación de la empleadora DOLI

ADENIS ROJAS ZARATE, el HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que se pronunciaran sobre cada uno de los hechos y derechos que dieron origen a la presente acción.

-La señora DIANA PAOLA CORREDORE ESTRELLA, en calidad de Apoderada Judicial de **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, **aclaró que la accionante hace parte del REGIMEN CONTRIBUTIVO en calidad de Cotizante dependiente, en estado de afiliación vigente y cumple con las semanas de cotización para el pago total.**

Agregó que para el pago directo de la licencia de maternidad de fecha 17-08-2021 al 21-12-2021 la usuaria registra afiliación como tipo independiente del empleador DOLI ADENIS ROJAS ZARATE, informando que la misma registran susceptibles de cobro por parte del empleador, quien debe radicar una cuenta de cobro por cada mes causado, anexando los siguientes documentos:

- *Formato de solicitud de pago, indicando las incapacidades.*
- *Cámara de Comercio con vigencia no mayor a 30 días y/o fotocopia de RUT.*
- *Adjuntar certificado bancario que permita recibir transferencias electrónicas, donde indique tipo, número de cuenta y nombre del banco (la certificación bancaria debe pertenecer al aportante que solicita el pago, no debe corresponder a un tercero) y es necesario que nos informe la dirección de correo electrónico.*

Por otro lado, puso de presente que ha actuado conforme a las disposiciones jurídicas vigentes y por tanto se vislumbra la inexistencia de violación o amenaza de los derechos, adicional a ello indicó que, la presente acción dio inicio sin la observancia del principio de inmediatez debido a que se pone en marcha el aparato judicial sin siquiera haber iniciado los trámites pertinentes ante esa EPS y se pretende saltar los tiempos en los cuales se desarrolla la prestación del servicio.

-La **SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD** señaló que, no existe competencia legal por parte de la entidad, teniendo en cuenta que la accionante no había radicado en la entidad ninguna solicitud anterior a la entrada en vigor la Ley 1949 de 2019 relacionada con las prestaciones

económicas y solicitó su desvinculación, indicando que la responsabilidad en el recaudo de los aportes corresponde a las Entidades Promotoras de Salud y en general, a las entidades de previsión social, así mismo la mora en las cotizaciones de empleadores y trabajadores independientes, la EPS tiene la obligación de realizar lo indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016.

-LA FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, informó que la señora Sindy Yulieth Ospino Meza fue atendida el 17 de febrero de 2021 en el servicio de gineco-obstetricia, con gestación de 16.4 semanas por amenaza de aborto, al egreso el especialista le entregó incapacidad por enfermedad general por 7 días. En el control del 23 de marzo de 2021, el especialista entregó incapacidad por enfermedad general por 5 días. El 17 de agosto de 2021 se hospitalizó para control, seguimiento, conducción y atención del parto; se obtuvo recién nacido vivo de sexo masculino. Al egreso el especialista entregó incapacidad de 126 días por licencia de maternidad.

Aclaró que el tipo de Régimen no depende del hospital sino de la EPS, toda vez que en la consulta del 15 de septiembre realizada en la página del ADRES figura la señora Sindy Yulieth Ospino Meza como activa al régimen subsidiado de MEDIMAS EPS.

Finalmente, puso de presente no haber negado la atención en salud ni vulnerado los derechos fundamentales de la actora, por ende solicita su desvinculación.

2. CONSIDERACIONES

A. De la acción de tutela

La acción de tutela está consagrada para reclamar la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, que en principio son los enunciados por la misma Carta en el capítulo primero del título II.

Conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 5° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter

constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a proteger los derechos fundamentales o por conexidad de cualquier persona, cuando se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.

B. Problema Jurídico

El Despacho se contrae a resolver si en el caso expuesto, existe afectación a los derechos fundamentales de SINDY YULIETH OSPINO MEZA y de su menor hijo JOSÉ MIGUEL BAÑOS OSPINO por parte de la EPS MEDIMÁS S.A.S., por el no pago de la licencia de maternidad, ante la manifestación de esta última en la que informa que la accionante cumple con las semanas de cotización para el pago total y que registra susceptible de cobro por parte del empleador DOLI ADENIS ROJAS ZARATE, quien debe radicar una cuenta de cobro por cada mes causado, anexando unos documentos.

C. La acción de tutela y su procedencia

Legitimación activa. La Constitución Política en su artículo 86 consagra la posibilidad de que cualquier persona que acuda a la acción de tutela como mecanismo de defensa para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el caso concreto, la señora SINDY YULIETH OSPINO MEZA, aduce violación de sus derechos fundamentales, razón por la cual, en encuentra legitimado para presentar la acción.

Legitimación pasiva. La parte pasiva conformada por MEDIMAS E.P.S. S.A.S., y DOLI ADENIS ROJAS ZARATE (empleador) con fundamento en lo dispuesto en los numerales 2° y 4° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, en la medida que se le atribuye la violación de los derechos en discusión.

La máxima Corporación Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la tutela no puede interponerse para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues se trata de controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral. Adicionalmente, el derecho a la seguridad social no es considerado en sí mismo como fundamental “sino

como un derecho social que no tiene aplicación inmediata”¹, una razón más por la cual, las controversias generadas en torno a este tema deben ser resueltas por los jueces ordinarios.

En este entendido, la licencia de maternidad no podría ser reclamada por intermedio de la acción de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional, en múltiples fallos, ha considerado que cuando se niega el reconocimiento del pago de esta prestación, se presume que hay vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido², por cuanto se considera que la madre y el hijo son sujetos de especial protección constitucional que, por lo mismo, requieren atención del Estado para salvaguardar su mínimo vital y sus condiciones de vida dignas, los medios ordinarios, no son los idóneos para reclamar esta prestación, pues no cuentan con la agilidad suficiente para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos.³

Lo anterior no quiere significar que en todos los casos procede la acción para reclamar las licencias de maternidad, pues se ha establecido que sólo en aquellos eventos en los que se amenace el mínimo vital de la madre y su hijo y, en consecuencia, otros derechos fundamentales, podría proceder este mecanismo.

Sobre el tópic el artículo 121 del Decreto 0019 2012 sobre el trámite para el pago de la licencia de maternidad puntualizo:

Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad

“El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los

¹ Corte Constitucional, sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

² Corte Constitucional, Sentencia T-475 del dieciséis (16) de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ *Ibidem*

afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

A su vez el artículo 2.1.13.1., del Decreto 0780 de 2016 referente al pago de la licencia de maternidad, señala:

Licencia de maternidad. “Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

(...)

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.”

También la Máxima Corporación en un reciente pronunciamiento, indica la forma en la que debe proceder el empleador al momento de dar aplicación a lo dispuesto en el art. 121 del Decreto 0019 de 2012 al indicar:

“74. Ahora bien, para la Sala la actuación del empleador es legalmente reprochable pues desconoce que, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica. De esta manera, si bien es cierto que existió un debate sobre el cumplimiento del requisito mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad del accionante, también lo es que dicho debate debió surtirse entre el empleador y la EPS respectiva, pues el trámite de reclamación del derecho no está a cargo del trabajador.

75. Así las cosas, la Sala procederá a revocar la decisión de única instancia, proferida el 30 de julio 2018 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta, por medio de la cual se negó la protección de los derechos fundamentales del accionante. En su lugar, concederá la protección del derecho fundamental a la seguridad social de José Rodolfo Parada Acevedo.

En virtud de lo anterior, le ordenará al Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si todavía no lo ha hecho, al pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor José Rodolfo Parada Acevedo. Así mismo, el empleador podrá repetir contra la NUEVA EPS para que desembolse los dineros correspondientes para cubrir el pago de la mencionada prestación económica. (Corte Constitucional, Sentencia T-114/19 del 14 de marzo, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Referencia: Expediente T-7.022.081)

Aunado a ello la Superintendencia Nacional en Salud emitió una circular en donde indica que el pago de la licencia debe hacerlo directamente el empleador a su empleado:

“El valor a pagar mensualmente, equivale al ciento por ciento (100%) del salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso o de la licencia, por los días de licencia; en el caso de salarios variables, se procederá de igual forma que para las incapacidades por enfermedad general. El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutaban de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada; los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde este afiliado el cotizante, a su vez estas entidades lo cobrarán a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía en la compensación mensual, tal como se describe en la presente circular. Cuando se presenten traslados de EPS, los descuentos deberán ser realizados a la nueva entidad en su primer pago quien repetirá en la parte correspondiente ante la anterior.”⁴

E. Caso en concreto

Ahora bien, en el presente asunto se constató con los documentos allegados al plenario, que la accionante SINDY YULIETH OSPINO MEZA está afiliada a Medimas EPS en calidad de cotizante dependiente de en estado de afiliación vigente, por la empleadora DOLI ADENIS ROJAS ZARATE, quien dio a luz a su hijo JOSÉ MIGUEL BAÑOS OSPINO el 17 de agosto de 2021, según el certificado de nacido vivo.

También que de conformidad con la contestación emitida al Juzgado por Medimas EPS, la accionante cumple con las semanas de cotización para el pago total y registra con pago directo de la licencia de maternidad de fecha 17-08-2021 al 21-12-2021 tipo independiente del empleador DOLI ADENIS

⁴ Superintendencia Nacional de Salud, circular externa 11 del 4 de diciembre de 1995.

ROJAS ZARATE, por ende la misma registra susceptible de cobro por parte del empleador, quien debe radicar una cuenta de cobro por cada mes causado, anexando los siguientes documentos:

- *Formato de solicitud de pago, indicando las incapacidades.*
- *Cámara de Comercio con vigencia no mayor a 30 días y/o fotocopia de RUT.*
- *Adjuntar certificado bancario que permita recibir transferencias electrónicas, donde indique tipo, número de cuenta y nombre del banco (la certificación bancaria debe pertenecer al aportante que solicita el pago, no debe corresponder a un tercero) y es necesario que nos informe la dirección de correo electrónico.*

Descendiendo al *sub lite*, para este Funcionario, si bien el pago de la licencia de maternidad corresponde a la EPS, es más cierto aún que, en virtud de la respuesta de la entidad promotora de salud y ante la actitud silente que asumió el empleador, Sra. DOLI ADENIS ROJAS ZARATE, es este último quien deberá cancelarla y luego hacer la reclamación a la EPS, por cuanto la licencia de maternidad registra susceptible de cobro por parte del empleador y por ser quien debe radicar una cuenta de cobro por cada mes causado, anexando los documentos requeridos, amen que dicho trámite administrativo no puede ser traslado a la accionante y ha desconocido su obligación de cancelar tales prestaciones directamente a su trabajadora y luego recobrar ante la EPS, negligencia del empleador que es causa de la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la accionante.

Lo anterior, máxime cuando sobre este tema el Tribunal Máximo de lo Constitucional ha establecido que la licencia de maternidad, como prestación económica del sistema de salud en seguridad social, 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.”⁵

⁵ T-998 de 2008. Al ampliar se concluye que “(...) sólo bajo tal entendido, se explica que las madres afiliadas al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiarias y aquellas vinculadas al régimen subsidiado de salud no tengan derecho al pago de la prestación económica por maternidad. Ciertamente, en estos escenarios se prescinde del pago de la

Además que la licencia de maternidad tiene como finalidad remplazar el ingreso que la madre percibía, para que en determinado tiempo se pueda dedicar a recuperarse del parto y al recién nacido le brinde todos los cuidados necesarios⁶. Así, la Corte ha entendido que es “una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto (...), pues equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral.”⁷ Igualmente, se dice que permite “(...) a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido.”⁸

De otro lado, si bien en principio la tutela no procede para reclamar derechos prestacionales, dado que se trata de un derecho litigioso de naturaleza legal que le corresponde definir ya sea a la jurisdicción administrativa, o a la laboral⁹, excepcionalmente se ha establecido que procede su reconocimiento por tutela cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la salud y el mínimo vital; y que por ello sea necesaria la intervención del juez constitucional para evitar que se ocasione un perjuicio irremediable¹⁰, a lo anterior agréguese que “(...) en los casos en que la negativa de las EPS frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, derive en la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de las madres trabajadoras y de los menores, (...) dada la limitada eficacia del medio de defensa judicial ordinario en este sentido, de manera excepcional, procederá la acción de tutela para ordenar a las EPS el cumplimiento de esta obligación legal.”¹¹

licencia por cuanto, en principio, no existen unos ingresos cuya percepción se interrumpa con motivo del alumbramiento. Ello sin embargo, no significa que estas madres carezcan de la protección especial del Estado, por cuanto éste, en todo caso, debe garantizar la salud y la vida de la madre y del menor recién nacido e, incluso, en los casos de desempleo o desamparo debe otorgar un subsidio alimentario según ordena el artículo 43 de la Constitución Política.”

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala Laboral. Sentencia del 18 de julio de 1985

⁷ T-791 de 2005

⁸ T-559 de 2005

⁹ Ver sentencias T-497 de 2002, T-664 de 2002, T -580 de 2007, T-634 de 2008

¹⁰ La reclamación del derecho prestacional por vía de tutela se da cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1. que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho, 2. que la falta de reconocimiento o pago vulnere los derechos fundamentales del accionante, y 3. que sea necesario la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

¹¹ T-589A de 2007

Por lo anterior, en aras de garantizar tales derechos fundamentales, mientras culminan las actuaciones de la EPS Medimas y como quiera que el pago de la licencia de maternidad, hace en la trabajadora las veces de salario mientras está en la época del posparto y la convalecencia, se ordenará al empleador que dentro el término de las 48 horas proceda al pago de la licencia de maternidad génesis de esta acción de tutela, sin perjuicio de la facultad de recobro ante la EPS, por el pago de dicho conceptos, previo el trámite administrativo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C.- LOCALIDAD DE CHAPINERO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional del derecho fundamental del mínimo vital y la seguridad social, de la señora **SINDY YULIETH OSPINO MEZA** y su hijo recién nacido.

SEGUNDO: ORDENAR al empleador, Sra. **DOLI ADENIS ROJAS ZARATE**, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a cancelar a SINDY YULIETH OSPINO MEZA la licencia de maternidad correspondiente, por cumplir con las semanas de cotización para el pago total. Lo anterior sin perjuicio que, el empleador intente las acciones de recobro por el pago de estas prestaciones ante la EPS MEDIMÁS S.A.S., previa radicación de la cuenta de cobro por cada mes causado, anexando los documentos requeridos.

TERCERO: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ENTERAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento y que tienen un plazo de tres (3) días, contados a partir de la notificación de la sentencia, para hacerlo. Si no se impugna, **REMÍTANSE** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FERNANDO MORENO OJEDA
Juez

Firmado Por:

Fernando Moreno Ojeda

Juez

Juzgado Pequeñas Causas

Juzgados 033 Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **70a3f5740234c01479f59ff6c185d6a47626d2eeb7dc4d62e07fc59ac4e6a257**

Documento generado en 23/09/2021 10:08:31 AM

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