

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2020-00199-00

Accionante: LEIDY YOHANNA OCHOA ALMARIO en nombre propio y en representación de la menor SALOME BARRETO OCHOA.

Accionado: SALUD TOTAL E.P.S. – Vinculado – FORTOX S.A.

Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por LEIDY YOHANNA OCHOA ALMARIO en nombre propio y en representación de la menor SALOME BARRETO OCHOA, en la que se acusa la vulneración de los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, LA SEGURIDAD SOCIAL, LA SALUD Y LA IGUALDAD.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Manifiesta la accionante que actualmente trabaja para la empresa FORTOX S.A., siendo cotizante al Sistema General de Seguridad Social – SALUD TOTAL E.P.S. desde el año 2019.

Señala que quedó embarazada estando afiliada a la EPS accionada, por lo que una vez que nació su hija el 29 de marzo de 2020, procedió a solicitar el certificado de la licencia de maternidad conforme al artículo 1° de la Ley 1922 de 2017, que modificó en su integridad el artículo 236 del Código Sustantivo del trabajo, ante Salud Total EPS, quien solamente le reconoció 108 días de

licencia y no el pago de las 18 semanas a la que tiene derecho, tal y como lo se describe en el certificado de licencia expedido el 15 de mayo de 2020 con No. P9234423.

Lo anterior, afecta ostensiblemente su mínimo vital, toda vez que al negarse Salud Total EPS al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme lo ordena la Ley (126 días), afecta sus ingresos económicos y por ende la manutención de su menor hija que a la fecha tiene 10 semanas de nacida.

Junto con su demanda aporto:

- Cédula de Ciudadanía.
- Certificados de aportes seguridad social integral.
- Historia clínica.
- Orden incapacidades y/o licencias.
- Certificado de incapacidad.
- Registro civil de nacimiento.
- Certificado de nacido vivo – antecedente para el registro civil.

1.2. Argumentos de los accionados.

SALUD TOTAL E.P.S.

Vencido el término del traslado, la accionada contestó manifestando que Leidy Yohanna Ochoa Almario se encuentra afiliada en calidad de cotizante dependiente del Régimen Contributivo desde el 08/01/2019, su estado de afiliación es ACTIVO y cuenta con 47 semanas de afiliación. Su aportante FORTOX S.A. se encuentra con aportes al día.

Una vez notificados de la presente acción de tutela, procedieron a verificar en la base de datos de las prestaciones económicas presentadas por la parte actora, encontrando en el sistema de información que la Licencia de Maternidad fue liquidada y autorizada para pago.

Ahora, se tiene presentada licencia mediante Nail P9234423, la cual se encuentra correctamente liquidada por 108 días, valor autorizado \$3.160.080, el cual es calculado al aplicar la regla: $240 \times 126 / 280 = 108$; calculo que fue efectuado con 40 semanas de gestación presentadas, es decir, 280 días

requeridos, 240 días de cotización – (8) pagos continuos por (30) días teniendo en cuenta fecha de inicio a laboral con el empleador FORTOX (julio/01/2019), siendo el primer pago exigido el mes de agosto, al ser cotizante dependiente.

Por lo anterior, en el caso sub judice no existe vulneración a ningún derecho fundamental por SALUD TOTAL EPS S.A., pues estos no pueden verse afectados cuando la accionante no tiene derecho a recibir la licencia de maternidad pretendida por parte de la sociedad, no siendo otro el motivo de la negativa, que las disposiciones consagradas en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud No. 0780 de 2017 en su artículo 2.1.13.1. *“(...) 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 periodo 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 periodo real de gestación. (...)”*.

Dicta que en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional Sentencia T-114/19 del 14 de marzo de 2019, el empleador es el primer responsable del reconocimiento y pago de prestaciones económicas *“De conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado”*.

Así mismo lo ha señalado la Superintendencia Nacional de Salud en Sentencia S2018-0182 del 03/14/2018 quien señaló que *“La obligación de reconocer y cancelar las prestaciones económicas expedidas a los trabajadores dependientes está en primer lugar en cabeza del empleador, quien puede, una vez satisfecho el pago, solicitar a la EPS de cada trabajador el reembolso correspondiente. En este caso, indicó la Superintendencia Nacional de Salud, la EPS, en un término de 15 días, entrará a verificar si dicha solicitud cumple con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y, si es así, ordenará realizar el reembolso. De lo contrario, negará la solicitud. La entidad recordó la responsabilidad social derivada del contrato de trabajo, en virtud de la cual el*

trabajador dependiente siempre debe recibir el pago de sus prestaciones económicas.”

Finalmente, solicita se Deniegue por improcedente la acción de tutela interpuesta por Leidy Yohanna Ochoa Almario, ya que se ha comprobado que SALUD TOTAL EPS S.A. en ningún momento ha vulnerado o pretendido vulnerar algún derecho fundamental, la petición de la accionante se fundamenta en una controversia de derechos económicos, no susceptible de ser amparados mediante la acción de tutela. Igualmente, se denieguen las pretensiones de la parte actora en contra de Salud Total EPS, por operar carencia actual de objeto y ante el fenómeno de hecho superado.

Junto con su contestación aporto:

- Certificado de existencia y representación legal.

FORTOX S.A. - Vinculado

Durante el tiempo de traslado la entidad contestó, manifestando que entre la señor Leidy Yohanna Ochoa Almario y la empresa Fortox S.A. se suscribió un contrato de trabajo a termino fijo a un año el día 10 de junio de 2019, relación laboral que en la actualidad se encuentra vigente; cumpliendo con todas las obligaciones patronales, con las disposiciones legales y reglamentarias en materia de afiliación y pagos al sistema integral de Seguridad Social como consta en el Certificado de Aportes al Sistema de seguridad social.

Como se evidencia en los hechos de la presente acción, al momento del nacimiento de la menor Salome Barreto Ochoa -29 de marzo de 2020- y al de la presentación y radicación de la incapacidad de la licencia de maternidad a la EPS, la accionante se encontraba vinculada a la compañía FORTOX S.A., quien como empresa empleadora realizó el trámite dispuesto en el artículo 121 del Decreto 019 del 2012, presentando toda la documentación requerida para el trámite de reconocimiento económico de la licencia de maternidad y dentro de los términos legales establecidos en la Ley 1468 de 2011.

Ahora y respecto a la postura de la EPS en negar el reconocimiento y pago total de la licencia de maternidad pretendida por la accionante, la empresa Fortox S.A. no conoce los motivos legales y/o administrativos que ha tenido para negar dicho reconocimiento de la prestación requerida. Sin embargo, lo

que si es cierto, es que la compañía no se encuentra ni se ha encontrado en mora en los pagos a la Seguridad Social de la hoy accionante.

Finalmente dicta que, respecto al caso en concreto, si la señora Leidy Yohanna Ochoa Almario cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011, es una obligación de la EPS SALUD TOTAL, reconocer y pagar la totalidad de la licencia de maternidad.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicitan desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a "*...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.*" (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

1.3. Trámite Procesal

En providencia que data del 19 de junio de 2020, este Despacho admitió la presente acción constitucional, ordenando notificar a la entidad accionada, y vincular a FORTOX S.A.

2. CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos, le corresponde al despacho determinar si SALUD TOTAL EPS ha vulnerado los derechos fundamentales al

mínimo vital, la seguridad social, la salud y la igualdad de la accionante y los de su menor hija, al reconocer solo 108 días de los 126, que le corresponden por la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Leidy Yohanna Ochoa Almario, y en consecuencia la tutela se muestra procedente para amparar su derecho.

CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

Legitimación por activa. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. LEIDY YOHANNA OCHOA ALMARIO, interpuso acción de tutela contra la sociedad SALUD TOTAL E.P.S., al considerar que la accionada vulneró sus derechos fundamentales y los de su menor hija, al no reconocer y pagar la licencia de maternidad correspondiente a los 126 días. En consecuencia, al ser la accionante titular de los derechos presuntamente vulnerados y actuando en defensa de los derechos e intereses de su hija menor de edad, tiene legitimación por activa para intervenir en la causa.

Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra la Sociedad SALUD TOTAL E.P.S., entidad de carácter privado, y de acuerdo a la reglamentación de la tutela, esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que amenacen o vulneren derechos fundamentales, y excepcionalmente es posible ejercerla frente a particulares si: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, (iii) el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación.

Inmediatez. Da cuenta el escrito de tutela que la orden de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la señora Leidy Yohanna Ochoa Almario fue expedida el 15 de mayo de 2020, y la presente demanda de tutela se

presentó en reparto el día 19 de junio de 2020, esto es, *un mes* transcurrió, por lo que se configura este requisito.

Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “**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**”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (negrilla fuera del texto)

La Corte Constitucional en **Sentencia T-041 de 2019** señaló respecto del requisito de subsidiariedad que “*de conformidad con el inciso 3° del artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la acción de tutela es una herramienta de naturaleza residual y subsidiaria; de manera que, por regla general, solo procede cuando: i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, ii) pese a su concurrencia este no es eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales, o iii) la acción se erige de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable.*

De acuerdo con lo anterior, el remedio constitucional debe descartarse cuando se ejerce como un “instrumento supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer oportunamente los medios de defensa judicial o como un medio para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias.”

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo,

circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.¹

Así, la Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia.²

De manera que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se encuentra condicionada a que el mínimo vital del trabajador se encuentre afectado.

Frente al tema de la subsidiariedad, la corte constitucional en la sentencia T-278/18, señaló:

“10. En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno al requisito de subsidiariedad, como pasa a verse.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer

¹ Sentencia T-473 de 2001, T-664 de 2002, T-368 de 2009 y T-503 de 2016.

² Sentencia T-278 de 2018.

nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia[25].

Así, la Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia.

*De esta forma, esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna[26].*

CASO CONCRETO

Del material probatorio se aprecia que la señora Leidy Yohanna Ochoa Almario, trabaja para la empresa Fortox S.A. desde el 10 de junio de 2019, según su respuesta y que para el mes de junio se le cotizo a la EPS FAMISANAR, y que durante la relación laboral quedo en estado de embarazo, dando a luz a su menor hija el día 29 de marzo de 2020.

Por lo anterior, Salud Total E.P.S. expidió licencia de maternidad desde el 29 de marzo de 2020, donde le reconoció el pagó de 108 días, es decir, proporcional al termino cotizado a ellos, durante el periodo de gestación, como quiera que según sus reportes inicio labores el 1 de julio del 2019, y se acredita cotización desde agosto.

Como la ley ha determinado que la licencia es de 18 semanas, o 126 días, la accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales, por la omisión en el pago de los 18 días restantes, por parte de la EPS SALUD TOTAL.

Como lo señala la corte constitucional, que ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, **si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero**, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y **segundo**, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.

Por lo anterior este despacho **acredita el primer requisito** señalado atrás: “*que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento*”; puesto que el menor nació el 29 de marzo de 2020 y la acción de tutela fue instaurada el 19 de junio de la misma anualidad.

En segundo lugar, **no se acredita el segundo requisito** que dicta: “*que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo*”; pues si bien según prueba obrante al legado y de la respuesta dada por parte de Salud Total EPS, la accionada no le reconoce la licencia de maternidad por los 126 días que dicta tener derecho, lo cierto es que la misma fue liquidada y ordenada para pago por 108 días y por valor de \$3.160.080.00. **Así las cosas, la negación del reconocimiento de los 18 días restantes, para el despacho no se traduce en la afectación al mínimo vital de la accionada y de su menor hija, pues se acreditó que lo que se alega es un asunto de carácter probatorio, que debe ser resuelto antes las instancias correspondientes, esto es ante la jurisdicción Ordinaria Laboral y/o Superintendencia Nacional de salud, quienes serían los encargados de dirimir esta clase de controversias, quienes determinarían si hubo o no una decisión ajustada a derecho por parte de la EPS accionada.**

Finalmente, y al no acreditarse entonces todos los requisitos pertinentes para la procedencia de la protección constitucional de los derechos de la accionante, la tutela se torna improcedente y por el contrario en este asunto deberá en su defecto ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral y/o la Superintendencia Nacional de Salud, quienes serían los encargados de decidir sobre las controversias planteadas, y no por la vía de tutela. Así las cosas y

conforme a lo enunciado, sin que sea menester mayores disquisiciones, no se accederá respecto de las peticiones del quejoso constitucional, de acuerdo a las consideraciones dadas.

De otro lado al revisar las respuestas de las personas, tanto accionada como vinculada, para el despacho es claro que el pago de aportes a SALUD TOTAL se da en agosto, lo que implica entonces que el periodo **COTIZADO**, sea inferior al periodo de gestación, en 18 días, por lo que según el decreto 780 del 2016, se le liquida en forma proporcional, como lo ha indicado en su respuesta, sin que exista por parte de ella alguna vulneración de derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE LA LOCALIDAD DE CHAPINERO, DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por la señora **LEIDY YOHANNA OCHOA ALMARIO**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FERNANDO MORENO OJEDA

Juez