

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., doce (12) de enero de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Resuelve el Juzgado la acción de tutela instaurada por la ciudadana Deisy Kisay Salazar Zapata contra **MEDIMAS EPS**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición, a la seguridad social e igualdad.

II. FUNDAMENTO Y PRETENSIÓN

Refiere la accionante: (i) Se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de **MEDIMAS EPS**; (ii) Su médico tratante de la **EPS** dictaminó el 4 de junio de 2020 como fecha inicio de licencia de maternidad, según obra en la Historia Clínica. Sin embargo, por motivos de urgencia fue sometida al procedimiento de cesárea el 18 de diciembre de 2019; (iii) Reclamó ante la accionada la 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, la cual corresponde a 120 días más la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, es decir, 170 días desde la fecha de parto a la fecha probable del mismo, para lo cual aportó la respectiva documentación; (iv) La **EPS** envió correo electrónico liquidando y pagando 140 días y no los 170 días a que tiene derecho, conforme al numeral 5º de la norma antedicha; y, (v) Cada vez que me acerco a las oficinas de la **EPS** me contestan que ya está lista la orden de pago, otras veces que ya pagaron pero fraccionado, y lo último es que debo de preguntar a la empresa porque ellos solo desembolsan dicho dinero a la empresa para la cual laboro. Por ello, estima vulnerados sus derechos fundamentales, razón por la que solicita que se ordene

a la accionada pagar los 170 días conforme al numeral 5º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011 o art. 236 del C.S.T., descontando los días pagados a la fecha de la presentación de la tutela.

III. ACTUACIÓN

Avocado el conocimiento se dispuso la vinculación de la accionada quien a través de su apoderado general solicitó la improcedencia de la acción constitucional por las siguientes razones: (i) **MEDIMÁS EPS**, ha cumplido con sus obligaciones, pues la licencia de maternidad reclamada fue revisada y liquidada por 170 días, conforme a la normatividad vigente y los aportes realizados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), así mismo fue direccionado al medio de pago informado en la solicitud; (ii) El pago fue realizado a nombre del empleador «H&S Abogados Soluciones Integrales SAS», a través de la cuenta no. 06901782227 de Bancolombia el día 14/08/2020, por valor de \$4.499.452. Adicionalmente el autorizador No. 332621106 por el valor de \$193.228, se encuentra susceptible de cobro por parte del empleador, para lo cual los aportantes pueden realizar las solicitudes de cobro por medio virtual en www.medimas.com.co, a través del portal empleadores y adjuntando los soportes descritos en la página web; y, (iii) No se cumple el postulado de inmediatez.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la tutela constituye un mecanismo constitucional residual que permite la intervención inmediata del juez para garantizar la protección de los derechos fundamentales, ante su vulneración o amenaza, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Por su parte los artículos 43¹, 44 y 50², señalan que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, apoyando de

¹ Asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

² Garantizar los derechos fundamentales del recién nacido y en general de los menores de edad.

manera especial a la mujer cabeza de familia dentro de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.

De manera insistente, atendiendo el postulado de subsidiariedad, la Corte constitucional ha sostenido que, por regla general, las jurisdicciones de lo contencioso administrativo o la ordinaria laboral, disponen de los medios de defensa judicial idóneos y eficaces para reclamar el reconocimiento de prestaciones o, para procurar la protección de derechos laborales, cuya efectividad se vea comprometida por una controversia que surja de la relación empleado-trabajador. Por esa vía, no puede utilizarse la acción de tutela para el pago de emolumentos derivados de la relación contractual, pues dicho asunto debe resolverse, en principio, por los jueces laborales o administrativos.

Sin embargo, de manera excepcional, la Corte³ ha establecido que, la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos⁴; y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la **licencia de maternidad**, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia⁵.

En ese orden de ideas, el mecanismo constitucional procede, excepcionalmente, para la protección de los derechos fundamentales de la madre gestante o de su hijo recién nacido, entre otros, su mínimo vital, quienes por su estado de indefensión requieren una especial asistencia y protección del estado.

³ T-092/16.

⁴ En ese sentido, en la Sentencia T-406/12, la Corte reiteró que: "...por regla general, la tutela no es el mecanismo idóneo para resolver conflictos relacionados con el reintegro. Sin embargo, excepcionalmente, cuando están en juego los derechos fundamentales de la mujer gestante y de quien está por nacer, tales derechos pueden ser protegidos a través de esta acción, toda vez que se trata de sujetos en condición de indefensión y por tal motivo merecen un trato especial por parte del Estado".

⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela (Decreto 2591/91), esta Corte ha determinado que "el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia." Cfr. Sentencia T-788 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda

De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores⁶, corresponde al Estado garantizar la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 CP), así como del recién nacido (art. 50 CP). De ahí que, en la legislación laboral se hayan incluido medidas de protección tales como la licencia de maternidad, prestación que consiste en un receso remunerado a favor de la madre que acaba de dar a luz, para que se recupere del parto y se encargue del cuidado del hijo que acaba de nacer.

Con base en la normatividad vigente, el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer gestante o lactante, está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, a saber: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación⁷, (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 derecho⁸.

En cuanto al requisito de haber cotizado de manera ininterrumpida durante toda la etapa de gestación para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte, ha reiterado su jurisprudencia en el sentido que: *«el incumplimiento [del requisito aludido] 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,*

⁶ T-092/16.

⁷ Decreto 47 del 2000, por medio del cual se reglamente la Ley 100/93. Artículo 3°, numeral 2°, establece: "ART. 3°- Periodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos mínimos de cotización: (...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (...)".

⁸ Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1. En lo referente a este requisito, la Corte 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 de maternidad". Cfr. Sentencia T-368/15, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido»⁹.

En ese orden ha establecido que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional, esto, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema¹⁰. De esta manera, existen dos hipótesis que el juez de tutela debe considerar al momento de ordenar el pago: (i) si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, y, (ii) si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

De los documentos aportados por la accionante como de la respuesta ofrecida por la accionada se evidencia que la señora Deisy Kisay se encuentra afiliada a **MEDIMÁS EPS**, entidad que sólo hasta el pasado 4 de enero liquidó y ordenó el pago de 170 días de la licencia de maternidad en cuantías de \$4.499.452 y \$193.228, cifras que fueron ordenadas a cargo del empleador y no de la madre gestante, sin que tampoco se haya aportado prueba de la transacción. Tal proceder, sin embargo, resulta del todo inadmisibles atendiendo lo prioritario del emolumento y el estado de inactividad económica por la que atraviesa la accionante y su recién nacido, pues, en esa medida, la entidad, con fundamento en los preceptos legales y jurisprudenciales aludidos en precedencia, está en la obligación de efectuar el pago de manera inmediata sin someterla a trámites engorrosos que no tiene por qué soportar.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera insistente que la negativa injustificada vulnera el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

⁹ T-368/15.

¹⁰ La Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de consagrar un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de una prestación, frente a la necesidad de asegurar la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Ninguno de los eventos para omitir el pago acontece en el caso concreto; antes bien, la accionante ha manifestado que suministró la documentación respectiva, por lo que desde la solicitud **MEDIMÁS EPS** bien pudo proceder al pago cosa que no hizo, lo cual contraviene los derechos fundamentales aludidos en el libelo de tutela. Por esa vía, es claro que **MEDIMÁS EPS** vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Salazar Zapata y su hijo recién nacido al negarse al pago total de la licencia de maternidad, motivos suficientes para conceder el amparo del derecho fundamental al mínimo vital.

En consecuencia, se ordenará a **MEDIMÁS EPS** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, realice el pago de la licencia de maternidad de manera completa, en razón a que, las pruebas que reposan en el expediente, demuestran que la accionante tiene derecho a la misma.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la ciudadana Deisy Kisay Salazar Zapata y su hijo recién nacido, según se indicó.

SEGUNDO: ORDENAR a **MEDIMÁS EPS** que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice el pago de la licencia de maternidad de manera completa, conforme se expuso.

TERCERO: En caso de no ser impugnado el presente fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación remítase con destino a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO MUNICIPAL DE 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: **55223aa7d8cfbb74e7e77f3fabb704c99d2c20b0e8195cfff8dde47b0f3b255e**

Documento generado en 12/01/2021 11:58:44 a.m.