

Referencia	Acción de Tutela
Accionante:	Angie Karime Marín Cubillos
Accionado:	Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.
Radicación:	63-001-41-05-001-2023-00221-00
Tema	Procedencia de la Acción de Tutela para el pago de licencia de maternidad.
Subtemas: i) Reconocimiento y pago de licencia de maternidad: Subsidiariedad e inmediatez. ii) marco normativo referente al pago de licencia de maternidad. iii) afiliación irregular al sistema de seguridad social integral por personas jurídicas o naturales no autorizadas por el Ministerio de Salud. iv) allanamiento a la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social.	

Armenia, veintiséis (26) de Junio de dos mil veintitrés
(2023)

SENTENCIA DE TUTELA

Decide el despacho en primera instancia la acción de tutela promovida por **Angie Karime Marín Cubillos** en contra de **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**

I. ANTECEDENTES

Angie Karime Marín Cubillos promovió la acción constitucional con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales “Seguridad Social, vida en condiciones de dignidad y al Mínimo Vital”, mismos que, presuntamente fueron transgredidos por la entidad accionada al no reconocer el pago de una licencia de maternidad.

Como fundamento de la acción, manifestó que se encuentra afiliada a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A, en calidad de cotizante pues está vinculada laboralmente con la empresa Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero; Indicó que

el pasado 18 de marzo del 2023, dio a luz a su hijo, razón por la cual el médico tratante le otorgo una licencia de maternidad correspondiente a 126 días, la cual fue debidamente radicada ante la entidad promotora de salud Sanitas. Aseveró que, estableció comunicación telefónica con la acciones quien le dijo que el reconocimiento se encuentra autorizado sin embargo no procede el pago del mismo.

Finalmente adujo que, el no pago de la licencia de maternidad vulnera su mínimo vital y el de su hijo recién nacido ya que, no ha contado con el pago de la licencia para comprar lo necesario para su bebé.

En respuesta **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**, indicó que la accionante se encuentra afiliada a la EPS como “cotizante dependiente”, explicó que el día 20 abril de 2023 la empresa radicó la licencia de maternidad para su respectivo trámite de validación y expedición. Dijo que el día 02 de mayo de 2023 se procedió con la validación y comprobación de derechos y se expidió la licencia de maternidad comprendida desde el 18 de mayo de 2023 hasta el 05 de agosto del mismo año, la cual se tramitó sobre un ingreso base de cotización (IBC) de \$1.160.000, por ser el salario reportado en el mes de inicio de la licencia (marzo de 2023) mediante planilla de liquidación de aportes Nro. 60698500 presentada el 28 de marzo de 2023.

Explicó que, a la fecha la Licencia de maternidad tramitada con número de certificado No. 58559393, fue expedida sin derecho a la prestación económica de acuerdo al Decreto 1427 de 2022 del 29 de julio de 2022, el pago del periodo de inicio de la licencia debía ser realizado dentro de los términos establecidos por la norma vigente. Manifestó que de conformidad con la norma, los aportes ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud

(SGSSS) deben realizarse máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia; para lo cual se toma como referencia las tablas descritas en el Decreto 1990 de 2016 la cual determina los plazos máximos para el pago según el Número de identificación Tributaria (N.I.T.), y que en el caso en particular el pago tenía que realizarse en el día hábil 15, siendo la fecha máxima de pago el 22 de marzo de 2023, pero el pago se realizó el 28 de marzo de 2023.

Al trámite de la acción constitucional fue vinculado **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, explicó que la accionante es una trabajadora vinculada a la empresa y por lo tanto está afiliada en el régimen contributivo de salud en la EPS Sanitas, aseguró que, una vez la trabajadora aportó la licencia de maternidad, procedió a tramitarla y radicarla ante la entidad promotora de salud accionada. Finalmente aseveró que, no tiene incidencia en el proceso, pues no tiene responsabilidad directa con el reconocimiento y pago de la licencia, ya que como demostró, cumplió y realizó los trámites pertinentes ante la EPS.

Para resolver basten las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Al tenor del **artículo 86 de la C.P**, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial de derechos fundamentales cuando quiera que éstos estén vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o privada en los casos previstos en la ley; además y de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela debe acreditarse los

requisitos de legitimación en la causa (activa y pasiva); la inmediatez; y la subsidiariedad.

En lo referente a la **legitimacion en la causa por activa**, el artículo 86 de la constitucion politica en concordancia con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, ésta se configura: i) a partir del ejercicio directo de la acción ii) de la representación legal, -como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas-, iii) a través de apoderado judicial -caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo-; iv) o por medio de agente oficioso. No obstante, esta última figura no procede directamente, pues es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y además demuestre que el agenciado no se encuentra posibilitado para promover su propia defensa. **(C.C. T-054 de 2014).**

Respecto de la **legitimación por pasiva**, de la lectura de los artículos 5, 13 y 42 del decreto 2591 se establece que la acción de tutela se puede promover contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, y de los particulares, en este último caso siempre que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En lo que comporta a la **inmediatez**, la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; en ese orden si bien la acción de tutela se puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe darse en un tiempo razonable, oportuno y justo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que el

requisito no es exigible de forma estricta cuando se demuestra que la vulneración cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual. **(CC T-194 de 2021)**

Finalmente y en lo que atañe a la **subsidiariedad** el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, por lo que solo procede cuando quiera que el afectado no tenga otro medio de defensa judicial; también cuando existiendo el mecanismo i) se ejerza la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o ii) éste resulte ineficaz, caso en el que la tutela se convierte en un mecanismo de protección definitivo **(CC T-177 de 2013)**.

La valoración del perjuicio irremediable implica la concurrencia de varios elementos esenciales a saber, i) que sea cierto, es decir que existan fundamentos empíricos acerca de su probable ocurrencia, ii) debe ser inminente, esto es que esté próximo a suceder, y iii) que su prevención o mitigación sea urgente para evitar la consumación de un daño. **(CC-T 554 de 2019)**

Y en lo que respecta la acreditación del mentado requisito en aquellos eventos en los que se exige el pago de la licencia de paternidad o maternidad, ha destacado la jurisprudencia constitucional que por regla general la acción de tutela es improcedente el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la justicia ordinaria. No obstante, ha destacado que de forma excepcional

ha admitido su procedencia cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad. **(CC T-190 de 2016, T-114 de 2019)**

La licencia de maternidad se encuentra contenida en el artículo 236 del CST, y se establece que «*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.*»; la prestación se encuentra a cargo del sistema de seguridad social en salud y en concreto a cargo de las Entidades Promotoras de Salud. En cuanto al monto, la norma no exige un determinado tiempo de cotización, así que cualquiera sea el tiempo cotizado se pagará la licencia, pero si no ha cotizado durante todo el periodo de gestación, se reconocerá la licencia de maternidad en proporción al tiempo cotizado.

Ha de precisarse, además que por virtud del artículo 121 del Decreto 19 de 2012, si bien la EPS es la encargada de asumir el pago de las incapacidades y las licencias de maternidad o paternidad, debe el empleador liquidar y asumir su pago de manera directa, pero con el respectivo derecho a recobrar a la EPS lo pagado. En términos simples, la única obligación del trabajador es reportar a su empleador la incapacidad médica o la licencia de maternidad o paternidad para que este gestione el reconocimiento y pago ante la EPS. Para el caso de los trabajadores independientes deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC (**artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016**).

III. Caso Concreto

A partir de todo lo anteriormente expuesto, encuentra el despacho que, **Angie Karime Marín Cubillos** se encuentra legitimada por activa para invocar la protección de los derechos fundamentales a las luces del inciso 2 del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, habida cuenta que actúa en nombre propio y es la titular de los derechos fundamentales supuestamente conculcados, y **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A** por pasiva para atender el pedimento reclamado pues a pesar que es un particular está encargado de la prestación de los servicios de salud de la accionante y de contera tiene que garantizar también la atención de sus requerimientos y/o reclamos.

En cuanto a la subsidiariedad, estima el despacho que aun cuando la accionante cuenta con los mecanismos ante la justicia ordinaria; sin embargo no se puede dejar de lado que en los eventos en que la madre dependa de los recursos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo con la consecuente falta de remuneración tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental y de contera la tutela es plenamente procedente y se convierte en el mecanismo principal de defensa. Justamente ese es el evento aquí ventilado en el que se denota que a la fecha la accionante no está gozando de la prestación, situación que afecta su subsistencia y la del menor.

En lo que tiene que ver con la inmediatez, nota el despacho que el 28 de marzo de 2023 nació la menor hija de la accionante (**fl 17 del archivo 01**), además que el 20 de abril de 2023 radicó ante la EPS la solicitud de licencia, y ésta fue negada el 02 de mayo de 2023. Según esto es claro que entre la calenda en que la accionada negó el derecho prestacional y la fecha en que se

acudió a la tutela, esto es el 13 de junio de 2023, ha transcurrido un termino mas que prudencial, de allí que se puede considerar que el requisito ha sido superado.

Entrando entonces en el quid del asunto lo primero a destacar es que el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene dispuesto la responsabilidades frente al pago de las incapacidades y licencias en cada caso concreto, donde se establece que tal erogación en principio le corresponde el pago a las Entidades Promotoras de Salud, de modo que la prestación económica generada a la accionante por tal concepto está en cabeza de **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**, eso sí mediante el pago directo por parte de su supuesto empleador **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, con derecho a recobrar lo pagado.

En ese orden, con independencia de los argumentos que haya tenido la EPS para negar la prestación, quien debía en principio asumir el pago de la prestación es quien figura como empleador de la demandante **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, máxime si en el libelo genitor y en la respuesta de la empresa se señala que la accionante es trabajadora dependiente, y así figuran reportadas las cotizaciones al sistema.

Al punto, el despacho en el auto que avocó la tutela indagó sobre la modalidad contractual que une a las partes, los extremos temporales del vínculo contractual, el Salario u honorarios pagados, un informe si a la fecha ha cancelado a la accionante alguna suma de dinero por concepto de incapacidades médicas; en respuesta la sociedad fue evasiva, y se escuda su responsabilidad en el hecho de que la ha realizado el pago de las cotizaciones de la accionante (Archivo 008).

Ante el silencio de la accionada, el despacho se comunicó con la accionante y ésta fue contundente al decir que, ella no está vinculada laboralmente con la empresa y que, solamente paga los aportes mes a mes para estar afiliada al sistema de seguridad social. (fl 1 archivo 10). Según esto para el despacho se advierte una presunta intermediación por parte de **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero** la cual consiste en reportar a los afiliados como trabajadores dependientes.

Sin embargo y al revisar la pagina web del Ministerio de Salud¹, al punto se constata que la sociedad no se encuentra autorizada en el **Departamento de Risaralda** de donde es oriunda la sociedad, para realizar afiliaciones colectivas al sistema de seguridad social integral en los terminos señalados en los **Decretos 3615 de 2005 y 2313 de 2006**. Esto significa que la entidad presuntamente ha incurrido en actividades ilegales de afiliación individual o colectiva sin contar con la autorización del Ministerio de Salud y Protección Social, contrariando así el **Artículo 2.1.1.8 del Decreto 780 de 2016**, que expresamente lo prohíbe así:

Artículo 2.1.1.8 Prohibición de adelantar afiliaciones por entidades no autorizadas. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud está prohibido realizar la afiliación individual o colectiva a través de relaciones laborales inexistentes o por entidades que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta conducta se tendrá como práctica no autorizada y será investigada y sancionada por las autoridades competente

Si bien este juzgador en asuntos similares al debatido, ha establecido un pagador provisional de las incapacidades, ordenando al empleador que asuma el pago de la prestación económica; empero en este caso, para acreditar la inmediatez del pago, además, de evitarle trámites administrativos a la

¹<https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimencontributivo/Lists/Minsaludafiliacioncolectiva/AllItems.aspx>

accionante se dispondrá ordenar el pago directamente a la EPS enjuiciada.

La razón que justifica este proceder es que al revisar en detalle las cotizaciones realizadas por la accionante no se encuentra evidencia de mora, y de hecho si existiera por la razón expuesta en la contestación de la tutela esto es porque se realizó el pago de la cotización cinco días después de la fecha de corte, es ínfima y ante el pago no se pueden aplicar consecuencias tan gravosas como la pérdida del beneficio, máxime en este caso en la que, la accionante seguramente se encuentra cotizando al sistema bajo la convicción de realizar cotizaciones como independiente. Además, y sin ser menos importante, no se evidencia que la accionada haya adoptado las gestiones de cobro coactivo en la calenda en que se presentó la supuesta mora, de allí que en los términos de la jurisprudencia constitucional se ha presentado un allanamiento a la mora, que implica que las empresas prestadoras del servicio de salud EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de las licencias de paternidad o maternidad. **(CC T-025 de 2017)**

Por lo expuesto se concederá la tutela de los derechos fundamentales reclamados, y en concreto el del mínimo vital y se ordenará a la **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a **pagar de forma directa** a **Angie Karime Marín Cubillos**, la licencia de maternidad por el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 2023 al 05 de agosto de 2023 tal y como fue liquidada por ellos. Se advierte que el pago no se puede hacer a través de **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, habida cuenta que la sociedad se dedica a intermediar ilegalmente a la seguridad

social de allí que la EPS deberá adoptar los correctivos administrativos para que dicha sociedad no siga contribuyendo al atentado de los derechos fundamentales de las personas que están realizando aportes al sistema de seguridad social como independientes, tal como aquí ocurrió.

Asi mismo se compulsará copias de las actuaciones surtidas para que dentro del marco de sus competencias el **Ministerio de Salud y Proteccion Social, Ministerio de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de la Economía Solidaria, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-**, investiguen y si es el caso adopten los correctivos que haya lugar frente al comportamiento al parecer irregular de afiliar colectivamente al sistema de seguridad social sin autorizacion de dicha entidad por parte de **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, tambien se compulsaran copias a la **Fiscalia General de la Nacion** para que investigue la eventual comision de algun delito por parte de su representante legal.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Armenia Quindío**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de **Angie Karime Marín Cubillos**, de condiciones civiles conocidas en el proceso.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a **pagar de forma**

directa a **Angie Karime Marín Cubillos**, la licencia de maternidad por el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 2023 al 05 de agosto de 2023.

TERCERO: ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A, que **se abstenga** de realizar cualquier pago de prestaciones económico-asistenciales a **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero**, en tanto que esta sociedad **se dedica ilegalmente a intermediar en el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud.**

CUARTO: COMPULSESE copias de la tutela y sus anexos a las autoridades descritas en la parte motiva de esta providencia para que investiguen los comportamientos irregulares y eventualmente delictuosos de **Asesorías y Servicios Empresariales del Eje Cafetero** en la afiliación colectiva al sistema de Seguridad Social.

QUINTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada

Notifíquese y cúmplase,

MANUEL ALEJANDRO BASTIDAS PATIÑO
JUEZ



Puede escanear este código QR para acceder al Micrositio del Juzgado o dirigirse al siguiente enlace <https://t.ly/P-59>