

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE
DUITAMA**
PALACIO DE JUSTICIA
CARRERA 15 N.º 15-23 OFICINA: 203 PISO 2
Email: jo3pmpalgduitama@cendojramajudicial.gov.co



SENTENCIA TUTELA No. 0060

Duitama, 17 de octubre de 2023

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA

RAD. TYBA	1	5	2	3	8	4	0	8	8	0	0	3	2	0	2	3	0	0	6	4
	Dpto.		Municipio			Entidad		Unidad Receptora				Año			Consecutivo					

Radicación interna: 152384088003202300362-00

Accionantes: LISETTE RIGABED MORENO TORRES

Accionada: SANITAS EPS

Vinculada (s): 1. DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8, en su calidad de empleadora.
2. ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–
3. SUPERINTENDENCIA DE SALUD

ASUNTO POR TRATAR

Procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora LISETTE RIGABED MORENO TORRES, actuando en nombre propio contra SANITAS EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna.

HECHOS QUE MOTIVAN EL AMPARO

Como fundamento fáctico expone la accionante lo siguiente:

- (i) Manifiesta que se encuentra afiliada a la EPS Sanitas desde el 01/05/2016, como dependiente de la Empresa DISTRIPARTES MORENO S.A.S., siendo ella la representante legal y única accionista de la sociedad, quien se ha encargado de realizar los aportes a seguridad social de forma permanente e ininterrumpida.
- (ii) Alude que es madre cabeza de familia de dos menores, entre estos uno de cinco años y la menor que nació el día 2 de junio de 2023, quienes dependen única y exclusivamente de ella para su subsistencia.
- (iii) Agrega que solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en razón al nacimiento de su menor hija ante la EPS Sanitas, entidad que le negó el pago argumentando que “se evidencia que el aporte a salud correspondiente al inicio de la licencia en este caso junio de 2023, no se realizó dentro de los tiempos establecidos de acuerdo al Decreto 1427 de 2022, Capítulo 2, Artículo

2.2.3.2.1”, “excediéndose en la fecha límite de pago que para el caso debía consignarse el 2 de junio de 2023, aporte que se realizó hasta el 16 de junio de 2023”.

- (iv) Añade que como es notable, para la fecha límite del aporte, nació su menor hija, nacimiento que le trajo complicaciones en su salud teniendo que ser hospitalizada nuevamente el 8 de junio de 2023, siendo intervenida quirúrgicamente, permaneciendo en un estado delicado de salud hasta el 27 de junio de la misma anualidad, situaciones que era de pleno conocimiento de la EPS accionada quien conoció la historia clínica, sin embargo le fue negado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad remitiéndose taxativamente a la normatividad sin estudiar la fuerza mayor o el caso fortuito en que se encontraba la actora.
- (v) Menciona que como ya lo expresó anteriormente, es la única accionista de la sociedad empleadora, razón por la cual no existía la posibilidad de que un tercero efectuara el aporte antes de la fecha límite, siendo imposible cumplir con los términos señalados por el Decreto 1427 de 2022.
- (vi) Indica que para el 6 de septiembre de 2023, actuando como representante legal de la Sociedad DISTRIPARTES MORENO S.A.S., solicitó a la EPS Sanitas el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Añadiendo la EPS no tuvo en cuenta la situación en la que se encontraba con su estado de salud, pero que sin embargo realizó el aporte de forma posterior.

PETICIÓN

En consecuencia, la promotora solicita:

1. *“Que se tutelen los derechos fundamentales constitucionales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, derechos propios como de mis menores hijos, vulnerados por SANITAS EPS con su negativa de reconocer y pagar mi licencia de maternidad”.*
2. *“Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la entidad accionada que en el término perentorio otorgado por el Juez de Tutela efectúe el reconocimiento y pago de mi licencia de maternidad en su totalidad a fin de garantizar mis derechos fundamentales”.*

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, mediante providencia del 5 de octubre de 2023, este despacho judicial admitió el presente amparo constitucional, vinculando de manera oficiosa a la empresa DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8, en su calidad de empleadora, ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES– Y SUPERINTENDENCIA DE SALUD, se ordenó notificar y correr traslado a la accionada y vinculadas, para que en un término improrrogable de 2 días contados a partir del recibo de la comunicación, se sirvieran dar respuesta y allegar las pruebas que consideren pertinentes.

Contestación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-

- (i) El 09 de octubre de 2023, la ADRES a través de apoderado judicial, argumentando que: para el caso en concreto, menciona que la presente acción constitucional se torna improcedente, por no cumplirse el requisito de

subsidiariedad, ya que de manera general el reconocimiento de prestaciones económicas surgidas de una relación laboral no reviste una situación que se ampare constitucionalmente, ya que cuenta con otro medio de defensa como lo es la jurisdicción ordinaria laboral o acudir a la sede administrativa ante la Superintendencia de Salud.

- (ii) Luego de realizar un análisis de los requisitos jurisprudenciales para que se pueda efectuar un amparo de los derechos por vía de tutela, solicita que se estudie la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que lo solicitado por la accionante es de índole eminentemente económico y la competencia para su reconocimiento o desaprobación dado el incumplimiento de la inmediatez, en principio no estaría en cabeza del Juez Constitucional.
- (iii) Agrega que la accionante pretende darle a la acción de tutela un alcance que no es propia de esta, buscando que la accionada garantice el desembolso de los dineros, recordando que el único objetivo del amparo constitucional es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales.
- (iv) Alude que de igual forma se torna improcedente por no cumplir el requisito de inmediatez, ya que ha transcurrido un tiempo prudencial, configurándose una protección no inmediata.
- (v) Por otro lado, haciendo alusión al allanamiento a la mora, menciona que de acuerdo con la jurisprudencia, las EPS se encuentran en la obligación de realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades o licencias por el pago extemporáneo del empleador o el trabajador independiente si no ejercieron en tiempo, las acciones legales de cobro, es así que para el caso en concreto respecto del pago tardío la tutelante aludió que no realizó ninguna gestión para que se realizaran los pagos, allanándose esta entidad a la mora, sin embargo no existe prueba de la omisión aludida.
- (vi) Respecto del pago de la licencia de maternidad, indica que de acuerdo con la normatividad vigente esta prestación no es de la esfera de las competencias de la ADRES, por lo cual carece de una falta de legitimación por pasiva, competencia que según el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016, la obligación de la ADRES respecto al pago de licencias inicia una vez las EPS o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentan las mismas para su reconocimiento y pago, y en el caso concreto dicha situación no ha ocurrido aún, pues precisamente es la negativa al pago de la licencia de maternidad a la accionante por parte de la EPS lo que origina la presentación de la acción de tutela.
- (vii) Añade que una vez efectuado el pago por parte de la EPS, la ADRES continuara reconociendo el porcentaje que establezca la autoridad competente sobre el ingreso base de cotización de cada afiliado.
- (viii) Por último, solicita que se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Adicionalmente solicita que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la adres y por consiguiente negar en amparo en lo que tiene que ver con esta entidad.

Contestación de la Superintendencia Nacional de Salud – Supersalud

- (i) El 9 de octubre de 2023, a través de su apoderada judicial enuncia como argumentos de defensa los siguientes: Inexistencia de un nexo de causalidad entre la presunta violación de derechos fundamentales invocados por la parte

accionante y la Superintendencia Nacional de Salud, es decir, no existe una violación directa por parte de esta vinculada en relación con los derechos invocados por la accionante, constituyéndose una falta de legitimación en la causa por activa.

- (ii) Por otro lado, resalta que entre las funciones de la Supersalud se encuentran consagradas en la Ley 1122 de 2007, entre estas las de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en este sentido no tiene a cargo el aseguramiento de los usuarios del sistema, función que es propia de las EPS la cual se encuentra definida en el artículo 177 y siguientes de la ley 100 de 1993. Aclarando que no es superior jerárquico de los actores que hacen parte del sistema de seguridad social en salud.
- (iii) En lo relacionado con la licencia de maternidad, indica que se encuentra especificado en el artículo 236 del CST, y su reconocimiento y pago debe regirse a lo estipulado en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016 y el artículo 2.2.3.2.1 y siguientes del Decreto 1427 de 2022.
- (iv) En cuanto al pago extemporáneo de las cotizaciones y el allanamiento a la mora, señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que *“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia...”*, esto en concordancia con los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3 los cuales establecen los efectos de la mora en las cotizaciones del trabajador dependiente e independiente, para lo cual las EPS deben promulgar una suspensión del afiliado, situación en la que no están obligadas al reconocimiento de prestaciones económicas.
- (v) De lo anterior concluye que *“si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses de mora, y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud sin que se manifestara el procedimiento indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas...”*.
- (vi) Por último, peticiona que se declare la inexistencia de nexo de causalidad entre la presunta vulneración los derechos fundamentales invocados por la actora, declarar la falta legitimación en a causa por pasiva y en consecuencia sea desvinculada del presente tramite constitucional.

Contestación de la EPS SANITAS

- (i) El 10 de octubre de 2023, el director de la oficina de la EPS en mención, argumenta que la accionada se encuentra afiliada al sistema de salud a través de la EPS SANITAS, en calidad de dependiente – activa- teniendo como empleador NI 901143204 DISTRIPARTES MORENO S.A.S.
- (ii) Menciona que las licencias se liquidan de acuerdo con la normatividad vigente para la licencia de maternidad, es así como el tutelante inicio su licencia de maternidad el 2 de junio de 2023, que la cotización fue generada por la empresa empleadora 14 días tarde de su fecha límite de pago, es decir, extemporáneo.
- (iii) Alude que para determinar las fechas límites para realización de los aportes, se

debe tener en cuenta la table descrita en el Decreto 1990 de 2016, que para el presente caso el NIT de la sociedad empleadora termina en 04, la cual tiene como fecha límite de pago de los aportes el 2 de junio de 2023. Aclarando que tal como se expresa en el escrito de tutela el aporte se realizó hasta el 16 de junio de 2023, ósea de manera extemporánea y aun cuando paguen intereses moratorios no autorizaran el reconocimiento económico, por las razones antes expuestas, adicional a estas porque *“de acuerdo con la normatividad, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones económicas por licencia de maternidad por parte del Sistema o de la EPS durante los periodos en mora siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la misma”*.

- (iv) Indica que la licencia de maternidad de la accionante fue liquidada en cero, cumpliendo lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1427 de 2022, ya que el empleador de la actora realizó el pago fuera del periodo establecido por el artículo 121 de la ley 019 de 2012. Agregando que para esta liquidación se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016, resaltando de este que *“...a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas...”*
- (v) Llegando a la conclusión que la EPS no ha omitido el deber de pago de la licencia de maternidad y su liquidación y pago fue generada al empleador de acuerdo con el Decreto 019 de 2012, resultando improcedente la realización de la liquidación de la licencia de maternidad por un valor mayor a cero.
- (vi) Solicita que se vincule a la ADRES como litisconsorcio necesario para que informe de manera puntual: 1. Sí aun con el pago extemporáneo por parte del NI 901143204 DISTRIPARTES MORENO SAS, ¿la licencia de maternidad es compensable? 2. Se informe que si ¿en caso de que la EPS la cancele, el valor podría ser recobrado a la ADRES? Lo anterior en atención a que esta entidad niega el reconocimiento de esta prestación con pagos extemporáneos. De igual forma peticiona no desvincular a la entidad antes en mención, toda vez que es la entidad quien debe devolver los dineros a las EPS.
- (vii) Por otro lado, señala que la obligación del pago de la licencia de maternidad se encuentra a cargo del empleador de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia, solicitado que se ordene al empleador el pago de esta prestación, y que este es quien debe seguir cancelando el salario a la tutelante. En caso de que la empresa empleadora no responda a la vinculación se de aplicación al principio de veracidad contenida en el artículo 20, es decir, que se tengan por ciertos los hechos del escrito de tutela y se ele ordene el pago directo de la licencia del empleador NIT 901143204 DISTRIPARTES MORENO S.A.S., por ser responsable del pago extemporánea de las cotizaciones de su empleada.
- (viii) Propone una improcedencia por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, ya que no se le ha negado los servicios médicos y procedimientos que requiere la accionante.
- (ix) Frente a las peticiones realizadas en el amparo menciona que: el *“No allanamiento, EPS SANITAS ha reconocido y liquidado la Licencia de maternidad como lo establecido en el Decreto 780 de 2016 y se generó pago al empleador de acuerdo con el Decreto 019 de 2012”*.
- (x) Por último, peticiona:

1. *“En virtud de la presunción de veracidad, se solicita que se tengan como ciertos los hechos que adujeron en la tutela y en la respuesta de tutela emitida por la EPS, y ordenar el pago directo de la licencia del empleador NIT 901143204 DISTRIPARTES MORENO SAS, a LISETTE RIGABED MORENO TORRES, como obligación por ser el primer respondiente y por generar el pago extemporáneo de las cotizaciones de su empleada.*
2. *En caso de no aceptarse la presunción de veracidad: NEGAR por IMPROCEDENTE, la presente acción de tutela instaurada por Lisette Rigabed Moreno Torres.*
3. *Se ORDENE al NIT 901143204 DISTRIPARTES MORENO SAS., el pago de la licencia de LISETTE RIGABED MORENO TORRES, dado que es el primer respondiente del pago de la licencia de maternidad.*
4. *VINCULAR a la ADRES, a fin de que informen si la licencia de maternidad de LISETTE RIGABED MORENO TORRES.*
5. *Se ha vinculado el ADRES, a fin de que informen, si aun con el pago extemporáneo del empleador NIT 901143204 DISTRIPARTES MORENO SAS., ¿la licencia de maternidad es compensable generada por LISETTE RIGABED MORENO TORRES.*
6. *Se inste a LISETTE RIGABED MORENO TORRES, a no interponer nuevas acciones de tutela relacionadas con los mismos hechos y pretensiones.*
7. *DENEGAR por IMPROCEDENTE, teniendo en cuenta que existen otros medios (principio de subsidiariedad) para la solución de la controversia económica aquí esbozada, se inste a LISETTE RIGABED MORENO TORRES, acudir a ellos es decir Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que la EPS ha garantizado la liquidación y pago de la licencia de incapacidades, lo que claramente evidencia que no se ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno”.*

(xi) Subsidiariamente solicita:

1. *“NO DESVINCULAR a la ADRES.*
2. *CONMINE a la ADRES para que reconozca y pague a la EPS los valores asumidos y pagados por esta licencia, Ya que es la ADRES quien afirman en una socialización que fue el ministerio quien puso esa regla de la validación del decreto 1427, y en caso de que la EPS pague la licencia y en la validación de ellos no cumpla con lo requerido sobre el mismo decreto (1427 de 2022) ellos se abstienen de realizar la respectiva compensación”.*

DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8 - no emitió pronunciamiento.

SÍNTESIS DEL RECAUDO PROBATORIO

ACCIONANTE:

Documentales:

1. Escrito de la Acción de Tutela y anexos

ACCIONADA: EPS SANITAS

Documentales:

1. Respuesta de la acción de tutela y anexos

VINCULADAS:

1. Respuesta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-
2. Respuesta Superintendencia Nacional de Salud – Supersalud

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Acción de Tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución vigente a partir de

1991, la cual trata de un mecanismo judicial, que garantiza a toda persona la protección inmediata de sus Derechos Fundamentales, que fue reglamentado por los Decretos 2591/91, 306/92 y 1382/00, señalando con claridad, porqué y para qué, pueden los ciudadanos valerse de este nuevo mecanismo específico, directo y subsidiario.

Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela

Legitimación por Activa: De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política “*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 estableció que la acción de tutela podrá ejercerse (i) en nombre propio o a través de representante; (ii) mediante apoderado debidamente facultado; (iii) a través de agente oficioso, cuando el titular del derecho no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; y (iv) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales¹ (subrayado por fuera del texto). En el presente asunto el amparo constitucional se instauró por la señora Lisette Rigabed Moreno Torres, actuando en nombre propio, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna.

Legitimación por Pasiva: De conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se dirigirá contra la autoridad o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental². En el presente caso se encuentra debidamente identificado como accionada la EPS SANITAS, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante, como dependiente, en un estado activo tal y como quedó demostrado con las pruebas aportadas en el escrito de tutela y con la respuesta allegada por pasiva.

Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela podrá interponerse “*en todo momento y lugar*”. Por esta razón, no es posible establecer un término de caducidad específico para presentar esta acción. Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que el requisito de inmediatez exige que la solicitud de amparo se presente en un término “*razonable*” respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Esto, dado que “*de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales*” (Sentencia T-045/22). Dentro del presente asunto se tiene que la tutelante solicita el reconocimiento de la licencia de maternidad, derecho que inicio el 2 de junio de 2023, una vez nació su hija, y de la cual por mandato de la ley dura 18 semanas. Razón por la que el despacho infiere que el presente amparo fue presentado dentro del término razonable respecto del momento en que se causó la presunta vulneración de los derechos fundamentales implorados, cumplido así este requisito.

Subsidiariedad: El artículo 86 del Texto Superior sujeta la procedencia de la acción de tutela al requisito de subsidiariedad, el cual autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, (ii) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del

¹ Sentencia T-038/22, Expediente T-8.092.410, 8 de febrero de 2022. M.P. Alejandro Linares Cantillo

² Ibidem

derecho; o cuando, a pesar de brindar un remedio integral, (iii) resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el presente asunto se evidencia que la señora Lisette Rigabed Moreno Torres, actuando en nombre propio, promovió la acción de tutela, solicitando el reconocimiento a la licencia de maternidad. En este orden de ideas, para resolver la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la normatividad del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la mujer trabajadora tiene derecho a disfrutar de una licencia remunerada por maternidad y la Ley 100 de 1993 impone a la Entidad Promotora de Salud la obligación de reconocer la prestación económica, cuando la madre cumpla con el lleno de los requisitos que para tal fin ha señalado el ordenamiento jurídico. Al respecto la Corte Constitucional³ ha precisado que:

“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. 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 hijo o hija, 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”.

Y continua su exposición argumentando que:

“La Corte ha entendido 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 torna a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental. Lo anterior se debe a que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que les permite solventar sus necesidades básicas”.

En este sentido, la mujer trabajadora puede reclamar mediante el ejercicio de la acción constitucional regulada en el artículo 86 de la Carta Política, el restablecimiento de su derecho a la prestación económica por maternidad, cuando quiera que éste resulte desconocido por la acción u omisión de las entidades prestadoras de salud, encargadas de su reconocimiento, en cuanto la licencia remunerada por maternidad permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto.

Al encontrarse satisfechos los requisitos de procedibilidad establecidos por el legislador

³ Sentencia t-014/22, expediente t-8.338.971, 24 de enero de 2022, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

para que prospere el amparo, se entrará a estudiar de fondo el presente asunto, en relación con las garantías innovadas.

PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

¿la Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A., está vulnerando los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna de la señora Lisette Rigabed Moreno Torres, al no reconocerle la licencia de maternidad?

Con el fin de resolver el presente problema jurídico, el despacho se centrará en hacer el análisis de los siguientes temas: (i) De la licencia de maternidad y su reconocimiento; (ii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas jurisprudenciales (iii) Del allanamiento a la mora por parte de la EPS; (iv) Caso concreto.

(i) De la Licencia de Maternidad y su Reconocimiento

El artículo 43 de la Constitución establece que:

“(…) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. asimismo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la licencia de maternidad señaló que esta 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”⁴

El artículo 2º de la Ley 2114 de 2021, el cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la licencia de maternidad en los siguientes términos:

- 1. 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*

⁴ Corte Constitucional, reiteración de jurisprudencia Sentencia T-998 de 2018

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.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) **Licencia de maternidad preparto.** Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica, no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) **Licencia de maternidad posparto.** Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 10. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma...”

En consonancia, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone:

“Artículo 2.1.13.1 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.

(...)”

Aunado a lo anterior, el artículo 121 del decreto 19 de 2012, establece que:

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

(iii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas jurisprudenciales

La evolución de la jurisprudencia constitucional, ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

- 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 familiar⁵.

⁵ T-1062 de 2012, expediente T.-3.594.860, 6 de diciembre de 2012, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada

(iii) Del allanamiento a la mora por parte de la EPS

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que existen eventos en los cuales las EPS están en la obligación de pagar la prestación económica de la licencia de maternidad a aquellas afiliadas que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto ocurre, cuando la E.P.S. se allana a la figura de la mora, es decir, en los casos en que la EPS, a pesar del incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador o trabajadora, no hace uso de la facultad para el cobro de lo debido, contemplada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:

“ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-526/19 refirió que:

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

*“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, **siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora**, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS.*

(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

***Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.**” (Negrilla y cursiva fuera del texto original)*

El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, salvo que no haya efectuado las acciones que tiene a favor para el cobro de las mesadas adeudadas por los empleadores, pues de no realizarlo tendrá a cargo dichos rubros.

Así, asentar que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado.

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápite anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.

Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento

de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo”.

Ahora bien, el Decreto 780 de 2016 en los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3, establece los efectos de la mora en las cotizaciones del trabajador dependiente e independiente para lo cual promulga la suspensión de la afiliación y de la prestación de servicios de salud contenidos en el PBS por parte de la EPS cuando no se realice el pago de dos periodos consecutivos de las cotizaciones bien sea a cargo del empleador o del trabajador independiente.

En ese orden de ideas, Las EPS no están obligadas durante los periodos de suspensión por mora al reconocimiento de prestaciones económicas (incapacidades, licencias de maternidad y paternidad) siempre y cuando no se allanen a la mora y no haya mediado acuerdo de pago, debiendo el empleador asumir el reconocimiento y pago de estas prestaciones. Así mismo, ante 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, es decir, adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora, informar al cotizante dependiente, por cualquier medio, que su empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes, etc.

Por lo anterior, se establece que, si el empleador o trabajador independiente canceló los aportes en forma extemporánea con sus respectivos intereses de mora, y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud sin que se manifestara el procedimiento indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada, sin perjuicio de realizar el trámite respectivo para el recaudo de las cotizaciones e intereses de mora adeudados a la EPS.

(iv) Caso concreto

En el sub examine, la señora Lisette Rigabed Moreno Torres invocó la protección de sus de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna, fundamentando que la EPS SANITAS, se negó a cancelarle la licencia de maternidad a la cual tiene derecho.

Sobre el particular señaló que presentó ante la EPS SANITAS la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la cual fue negada mediante oficio de fecha 14 de julio de 2023 (prueba aportada por pasiva). Posteriormente menciona que presentó el 6 de septiembre de 2023, una nueva solicitud a la entidad accionada, pero esta vez como representante legal y única accionista de la empresa DISTRIPARTES MORENO S.A.S. quien es la empleadora en el presente asunto, la cual fue negada nuevamente mediante oficio de fecha 14 de septiembre de 2023, con los siguientes argumentos: “*Se evidencia que el aporte a salud correspondiente al inicio de la licencia en este caso **junio** de 2023 no se realizó dentro de los tiempos establecidos de acuerdo con el Decreto 1427 de 2022” y posteriormente menciona que “*En este sentido, la fecha de límite de pago se excedió: en este caso la fecha límite era el 02 de junio de 2023 y el respectivo aporte se realizó el 16 de junio de 2023”.**

Por su parte la EPS SANITAS en la contestación de la acción de tutela, indicó que la licencia de maternidad fue liquidada en cero, tal y como lo estipula la norma porque al momento de presentarse la solicitud del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el empleador se encontraba en mora del aporte correspondiente al mes de junio del año 2023, realizándose el pago extemporáneo por 14 días, por tanto no es viable la autorización del pago.

En ese orden, observa el Despacho que la actora aportó como anexos del amparo constitucional, las planillas de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud de todos los meses que corresponden al periodo de gestación, información que no desconoce la EPS SANITAS en su respuesta al presente tramite.

Por lo anterior, para el Despacho la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016, para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; estos son: (i) Encontrarse afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo, (ii) Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación, (iii) Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta, quien efectivamente con el escrito de tutela se allegó historia clínica del día del nacimiento, al igual que el registro civil del mismo.

Superados los requisitos antes descritos, se debe establecer a quien le corresponde cancelar la licencia de maternidad. En este sentido se observa que la tutelante cotiza al Sistema de Seguridad Social en Salud como dependiente de la empresa DISTRIPARTES MORENO S.A.S., en este sentido el artículo 121 del Decreto 19 de 2012, establece que:

*“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 afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”. (negrillas fuera del texto original)

De la anterior norma en cita, se puede establecer que la prestación económica se encuentra a cargo del empleador, sociedad que fue vinculada al presente amparo constitucional y como quiera que esta empresa no rindió el respectivo informe o respuesta del trámite constitucional, se aplicara la presunción de veracidad contemplada en el Decreto 2591 de 1991, en los términos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la cual estableció que:

“El artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, consagra la presunción de veracidad como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o el particular contra quien se ha interpuesto la acción de tutela, en aquellos eventos en los que el juez requiere cierta información (art. 19 Decreto 2591 de 1991) y aquella no es allegada dentro del plazo respectivo o simplemente no llega, dicha negligencia tiene

como consecuencia que los hechos narrados por el accionante en la demanda de tutela sean tenidos como ciertos”⁶.

En consecuencia, el Despacho amparará los derechos fundamentales invocados y ordenará a la empresa vinculada **DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8**, en su calidad de empleadora, reconocer y pagar a la accionante Lisette Rigabed Moreno Torres la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad, aclarando que esta decisión no solo es por el principio de veracidad antes en mención, sino también porque así lo establece el artículo 121 del Decreto 19 de 2012

Ahora, se debe tener en cuenta la situación por la cual tuvo que pasar la accionante en relación con su estado de embarazo, persona que es la representante legal de la empresa empleadora y única accionista, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal de **DISTRIPARTES MORENO S.A.S.** el cual se encuentra a folio 87 al 93 del escrito de tutela, pues de la historia clínica aportada por la tutelante se evidencia que el 2 de junio de 2023, fue hospitalizada dando a luz a su menor hija, aunado a ello se evidencia que fue nuevamente internada el 8 de junio de la misma anualidad, encontrándose en imposibilidad de realizar el aporte del mes de junio oportunamente.

Para este despacho, la anterior situación constituye un caso de fuerza mayor de la empresa empleadora y por la cual no debe ser castigada, además de las siguientes razones: Manifiesta la EPS SANITAS que se realizó el aporte a salud del mes de junio extemporáneamente, agregando que se causó 16 días después de la fecha límite de pago, sin que se evidencie que la misma haya rechazado los aporte que se efectuaron por ese mes y los siguientes. De igual forma no existe prueba en el plenario en el que se evidencie que haya ejercido algún acto de recobro o de acuerdo, es decir, no realizó lo previsto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 o lo indicado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, es decir, adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora, informar al cotizante dependiente, por cualquier medio, que su empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes, etc.

Por lo anterior se puede decir que la EPS tutelada se allanó a la mora, sobre este tema la Corte Constitucional en la sentencia T-526/19 antes en citada en el acápite del allanamiento a la mora, después de realizar un análisis detallado del artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016, el cual estipula los efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes, concluyendo que:

“Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo”.

En consecuencia, el Despacho ordenará a la EPS SANITAS, si aún no lo ha hecho, cancele a la empresa **DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8**, la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

Ahora, en cuanto a la solicitud de recobro realizada por la EPS SANITAS debe decirse que

⁶ Sentencia T-517/10, Expediente T-2.545.409, 21 de junio del 2010. M.P.: Mauricio González Cuervo.

se negará esta solicitud, toda vez que de conformidad con la resolución No. 1885 de 2018, proferida por el Ministerio de Salud solo es procedente el recobro a la ADRES dentro del régimen contributivo aquello no incluido en el PBS, sin embargo la licencia de maternidad no está excluida, ello sin perjuicio de que se surta el respectivo trámite de compensación a que se refiere el Decreto 780 de 2016, tal como lo advirtió la misma Corte Constitucional en sentencia T-014 de 2022.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida digna invocados por la **LISETTE RIGABED MORENO TORRES**, actuando en nombre propio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva, **SE ORDENA** a la empresa **DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8** que dentro el término de las 48 horas siguientes, a que se le notifique esta providencia, si aún no lo ha hecho, **POR AHORA**, cancele a la señora **LISETTE RIGABED MORENO TORRES** la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad y luego presente el recobro ante la EPS SANITAS.

Lo anterior a efectos de garantizar el mínimo vital de la accionante.

TERCERO: Conforme a lo expuesto en la parte motiva, **SE ORDENA** a la **EPS SANITAS** que, dentro del término de los ocho (8) días siguientes, si aún no lo ha hecho, cancele a la empresa **DISTRIPARTES MORENO S.A.S Nit: 901143204 8**, la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

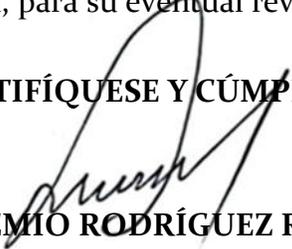
CUARTO: NEGAR la solicitud de recobro formulada por la EPS SANITAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE este fallo por el medio más eficaz, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de impugnación ante los Juzgados Penales del Circuito (Reparto) de esta ciudad, el cual deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación (Art. 31 del Decreto 2591/91).

SÉPTIMO: En el evento de no ser impugnada la presente Sentencia, remítase a la Honorable Corte Constitucional, a través de la plataforma de revisión de tutelas autorizada por dicha corporación, para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LINO ARTEMIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ