

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL**  
**CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE DUITAMA**  
**PALACIO DE JUSTICIA**  
CARRERA 15 N° 15-23 OFICINA: 203 PISO 2  
Email: [jo3pmpalguiduitama@cendojramajudicial.gov.co](mailto:jo3pmpalguiduitama@cendojramajudicial.gov.co)



**Ref. ACCIÓN DE TUTELA**

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

Radicación interna: 152384088003202300189

SENTENCIA TUTELA No. 0034

Duitama, junio veintidós (22) dos mil veintitrés (2023)

**ASUNTO POR TRATAR**

Procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora **ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ**, en nombre propio y representación de su menor hija **A. M. R.**, en contra de **SANITAS E. P. S.**, representada legalmente por **JUAN PABLO RUEDA SÁNCHEZ**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, dignidad humana, integridad física en conexidad con los derechos fundamentales a la vida a la seguridad social.

**HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN**

Como fundamento fáctico del amparo invocado, expone la accionante lo siguiente:

- (i) Expresa la accionante que es cotizante independiente desde el 1 de enero de 2019, con ocasión al contrato de prestación de servicios que suscribió y qué, con ocasión a dicha afiliación realizó los pagos correspondientes a **SANITAS E. P. S.** a través de la plataforma respectiva, con intereses moratorios causados con ocasión al retardo de los pagos, con el fin de continuar gozando de los servicios de salud que presta la accionada.
- (ii) Indica que estuvo embarazada durante el año 2022 y que las prestaciones del servicio de salud fueron garantizadas por **SANITAS E. P. S.** hasta el momento del nacimiento de su menor hija, el cual tuvo ocurrencia el día 18 de enero de 2023.
- (iii) Señala que su médico tratante otorgó incapacidad por **LICENCIA DE MATERNIDAD** correspondiente a ciento veintiséis (126) días, comprendidos entre el 18 de enero de 2023 al 23 de mayo de 2023, certificado que fue radicado ante las oficinas de **SANITAS E. P. S.**, con el fin de perseguir el reconocimiento de dicha licencia.
- (iv) No obstante, precisa que **SANITAS E. P. S.** mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2023, negó el reconocimiento de la licencia de maternidad, aduciendo la mora en el pago de los aportes, pues se excedió la fecha de límite de pago toda vez que

la fecha límite de pago era el 09 de febrero de 2023 y el respectivo aporte se realizó el 10 de febrero de 2023.

- (v) Afirma que la EPS SANITAS no realizó gestión alguna de cobro por la mora en el pago de la seguridad social, ni formuló requerimiento alguno con el fin de perseguir el pago.
- (vi) Manifiesta que su hija presenta un cuadro médico de posible alergia alimentaria, lo que resulta imperativo deba suministrarle leche de fórmula medicada y de alto costo, suplemento que es reconocido por la EPS SANITAS.
- (vii) Considera que la negativa de la prestadora en reconocer y pagar la licencia de maternidad afecta gravemente su mínimo vital y el de su hija recién nacida, toda vez que sus honorarios representan el único sustento; se vulnera por parte de la prestadora su equilibrio económico, personal y familiar, además su derecho de acceder al mínimo vital, la vida digna y las condiciones mínimas de subsistencia a las que tiene derecho su núcleo familiar.
- (viii) Señala que carece de recursos económicos necesarios para brindar una congrua y digna subsistencia propia y su hija.

### PETICIÓN

En ese orden, el extremo activo de la litis solicita:

*“Ruego respetuosamente al juez de tutela que proteja mis derechos fundamentales y los de mi hija recién nacida al mínimo vital, seguridad social, salud y la vida digna, vulnerados por la EPS SANITAS, y se ordene a la entidad entutelada el reconocimiento y pago correspondientes a mi licencia de maternidad. Lo anterior, conforme al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de julio 29 de 2021.”*

### ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, mediante providencia de fecha seis (06) de junio de dos mil veintitrés (2023), se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar y correr traslado a las entidad accionada y de manera oficiosa, se vinculó en calidad de tercero con interés en el trámite a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que en un término improrrogable de dos (02) días contados a partir del recibo de la comunicación se sirvieran dar respuesta y allegaran las pruebas que considerara pertinentes y así mismo, se notificó a la accionante sobre la admisión.

#### **Contestación de la entidad demandada:**

#### **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD – SANITAS.**

**EDUARDO JOSE BARRIOS** en calidad de director de la oficina de EPS SANITAS, señala que, en efecto, la solicitante **ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ**, se encuentra afiliada al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas en calidad de cotizante independiente y que le fue expedida licencia de maternidad con número de certificado No 58345883, licencia por parto normal el día 18 de enero de 2023, la cual fue negada por " *PERIODO INCAPACIDAD NO PAGADO*".

Aduce que se reporta que la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ identificada con CC 1052391437, generó el pago de manera extemporánea realizado 10 de febrero de 2023, se genera rechazo basados en el decreto 1427, por lo cual, el IBC al momento del parto fue cero, razón por la cual se rechaza el pago de la incapacidad.

Por lo anterior, solicita se niegue por improcedente la acción de tutela instaurada por ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, toda vez que la se liquidó la licencia de maternidad como INDEPENDIENTE de acuerdo con el IBC reportado a la fecha, lo que considera que no se ha vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno.

De igual manera, la encartada solicita la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, a fin de que informen: (i) si aún con el pago extemporáneo de ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, ¿la licencia de maternidad es compensable; y (ii) se informe que, si en caso de que la EPS la cancele, el valor podría ser recobrado a la ADRES.

Requiere además se deniegue por IMPROCEDENTE el amparo invocado, teniendo en cuenta que existen otros medios para la solución de la controversia económica expuesta y se inste a ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ acudir a ellos es decir a la Superintendencia Nacional de Salud.

#### **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**

**CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMIREZ**, en calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, allega réplica a la acción impetrada, señalando que no se acredita responsabilidad que pueda endilgarse a dicha entidad, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a aquella por lo que considera, resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte por pasiva.

Así mismo agrega que la Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema.

En consecuencia, solicita de declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la y reitera la petición de desvinculación de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

#### **VINCULACIÓN DE Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.**

Recibida la respuesta de EPS SANITAS, mediante auto de fecha dieciséis (16) de junio de dos mil veintitrés (2023), se ordenó de manera oficiosa la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, a fin de que se sirviera manifestar lo que considerara pertinente, respecto al trámite de tutela incoado y la respuesta de la encartada, para lo cual se otorgó un término de 1 día.

En término, se allega contestación por parte de la vinculada en la que solicita se declare la improcedencia de la misma, por no cumplir con el principio de subsidiariedad e inmediatez y contener pretensiones económicas. Adicionalmente, insta al despacho para que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la ADRES y se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **SÍNTESIS DEL RECAUDO PROBATORIO**

#### **ACCIONANTE:**

##### **Documentales:**

1. La Acción de Tutela
2. Anexos

#### **ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD – SANITAS.**

##### **Documentales:**

1. Copia Respuesta tutela
2. Anexos

#### **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**

##### **Documentales:**

1. Respuesta tutela
2. Anexos

#### **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES-:**

1. Respuesta tutela
2. Anexos

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde al suscrito funcionario, determinar si conforme a los hechos expuestos y a las pruebas recaudadas en el trámite sumarial,

*¿Es la acción de tutela el mecanismo procedente para que la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ en nombre propio y en representación de su hija A. M. R. solicite se ordene a EPS SANITAS, el reconocimiento y pago correspondientes a su licencia de maternidad?*

En caso de superarse el examen preliminar de procedencia del amparo invocado, deberá resolverse si *¿Existe vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la dignidad humana, integridad física en conexidad con los derechos fundamentales la vida a la seguridad social deprecados por la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ y su hija A. M. R., por parte de E.P.S. SANITAS por cuanto la encartada procedió a negar el pago de la licencia de maternidad, aduciendo que la misma fue liquidada y cancelada con valor cero, por cuánto este fue el IBC reportado al momento del parto, con ocasión al pago extemporáneo de su cotización?*

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho estudiará la procedencia de la acción de tutela para reclamar el amparo de los derechos fundamentales de la accionante.

**i) Reglas Jurisprudenciales que determinan los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela**

La Honorable Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad o particular. No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez).

**Legitimación en la causa por activa:** El artículo 86 superior indica que: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”* (subrayado fuera de texto). Frente a la legitimación, la Corte Constitucional ha especificado reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.

En el caso objeto de estudio, interpone la acción la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ en nombre propio y representación de A. C. R. B., quien aduce, se le han conculcados sus derechos, por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad. Por lo anterior, considera este despacho que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, pues invoca el amparo el titular de los derechos fundamentales.

**Legitimación en la causa por pasiva:** El Decreto 2591 de 1991, en sus artículos 1º y 5º, establece que la acción de amparo procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades, que atenten contra los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que procede la tutela contra particulares cuando: (i) éstos se encargan de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; y (iii) el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión. Según la jurisprudencia constitucional, en estos supuestos, un sujeto asume una posición de autoridad respecto de otro, lo cual “(...) conduce a la extinción del carácter horizontal de la igualdad que por presunción impera entre los particulares”.

En ese orden, E. P. S. SANITAS es la entidad que presuntamente vulnera los derechos fundamentales alegados por la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ en nombre propio y representación de A. M. R. toda vez que negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con ocasión al nacimiento de su menor hija y alegando la mora en el pago de las prestaciones que le corresponden como cotizante independiente, situación que evidentemente

la legítima en la causa por pasiva, pues es la prestadora la obligada a reconocer y pagar las licencias de maternidad de sus cotizantes. De igual manera, se vinculó de manera oficiosa a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por ser el órgano de vigilancia y control de las entidades promotoras de servicios de salud en el país, así como a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, por solicitud de la entidad accionada, como quiera que alega responsabilidad de la misma en el trámite de tutela, razón por la cual se encuentra legitimada su vinculación.

**La trascendencia iusfundamental del asunto:** En cuanto a este presupuesto de procedibilidad, la Corte ha señalado que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.<sup>1</sup>

En el *sub lite*, la accionante reseña una presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, mínimo vital, dignidad humana. Por ende, el caso amerita un análisis detallado por parte del juez de tutela en cuanto al contenido, alcance y goce de dichos derechos, toda vez que existe debate jurídico relacionado con la violación de derechos de carácter fundamental y por ello, podría el juez de tutela, realizar algún pronunciamiento, en caso de surtirse el análisis de la totalidad de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

**Subsidiariedad:** El artículo 86 superior, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial *con carácter residual y subsidiario*, que puede activarse cuando exista vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>2</sup>

Esto implica que, previo a acudir a la acción de tutela, debe agotarse las vías ordinarias establecidas para el conflicto, dada su naturaleza, pues la vía constitucional no puede reemplazar la ordinaria, al arbitrio de los interesados.

El artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, el órgano de cierre en materia constitucional ha sostenido que i) la acción de tutela es improcedente cuando el ordenamiento jurídico establezca un mecanismo judicial ordinario que le permita al actor reclamar la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado la procedencia excepcional de la acción de tutela, cuando aun existiendo mecanismos ordinarios, estos no aseguren una respuesta idónea ni eficaz, de cara a las circunstancias particulares en que se encuentra el accionante o, precisamente por tales condiciones y el actor demande la tutela de sus derechos fundamentales para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Respecto a 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 modificado por la ley 1468 de 2011, 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.

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-617 de 2014, entre otras.

<sup>2</sup> Sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015 y T-379 de 2015, entre muchas otras.

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.

La Corte Constitucional, frente al tema objeto de estudio, ha reseñado:

*“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].”<sup>3</sup>*

Bajo este entendido, resulta evidente la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la mujer y del niño durante el embarazo, luego del parto cuando las entidades prestadoras de salud desconocen o retardan el reconocimiento de la prestación económica de maternidad, para cuyo efecto sólo se requiere demostrar el estado de embarazo, la ocurrencia del parto, según el caso y la afiliación de la madre a la seguridad social.

En ese orden de ideas, la atención a la especial situación de la madre y del recién nacido se ha estimado jurisprudencialmente a la acción tuitiva, como el mecanismo adecuado para atender el reconocimiento de una prestación económica siempre y cuando cumpla con dos requisitos: i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y ii) ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.<sup>4</sup>

Respecto al reclamo por vía de acción de tutela de la licencia de maternidad, la sentencia T-999 de 2003 y reiterado en la sentencia T - 549 de 2005, trata el tema de temporalidad y oportunidad para interponer la acción de tutela. En dicha oportunidad, el órgano de cierre en materia constitucional reiteró:

*“Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, de conformidad con la última jurisprudencia planteada por esta misma Sala, conforme a la cual “siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la*

---

<sup>3</sup> Sentencia T 503 de 2016

<sup>4</sup> Sentencia T 503 de 2016

*Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación..”*

Si bien, la accionante para lograr el reconocimiento y pago de licencia de maternidad puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que sea esta quien la analice o concurrir a sede administrativa ante la Superintendencia de salud, según lo estipulado en la ley 1438 de 2011, literal g, artículo 126, considera este despacho que dichas vías ordinarias no son suficientes para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de la accionante y su hija recién nacida, pues la licencia de maternidad se concedió desde el día 18 de enero de 2023 y hasta el día 23 de mayo de 2023, fecha anterior a la presentación de esta tutela, por lo que se estima urgente y necesario que a través del medio subsidiario de tutela, se estudie el presente proceso, en aras de evitar extender los efectos de la vulneración a las garantías superiores invocadas con este trámite.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta en el *subjudice* que: (i) actualmente la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, se encuentra en etapa pos-parto, con ocasión al nacimiento de su hija A. M. R., (ii) se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud a través de la EMPRESA PRESTADORA SANITAS E.P.S., en calidad de cotizante independiente; (iii) se negó por parte de la encartada, el pago de la licencia de maternidad conforme a lo solicitado por la querellante y; (iv) la tutela como medio para solicitar el pago de la respectiva prestación, se hace dentro del año siguiente al nacimiento de la niña; (v) existe vulneración a los derechos al mínimo vital de la madre lactante, así como de su menor hija, presunción que nace con la simple presentación del amparo invocado.

En ese orden, considera este despacho que el trámite de tutela es procedente, por cuánto se acreditan los presupuestos que jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha exigido para que sea el mecanismo tuitivo el procedente para dar trámite a la solicitud de reconocimiento de la licencia de maternidad, en garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital no solo de la accionante sino también de su bebé.

**Inmediatez de la acción de tutela:** La jurisprudencia constitucional ha considerado que debe existir un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos para que los ciudadanos recurran a la tutela como mecanismo para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el caso objeto de estudio, indica la accionante que los hechos vulnerarios datan de fecha trece (13) de mayo de dos mil veintitrés (2023), fecha en la que su SANITAS E. P. S., mediante comunicación escrita, rechaza el pago de la licencia de maternidad de fecha 18 de enero de 2022 y considerando que el amparo invocado fue interpuesto el día seis (06) de junio del corriente, estima el despacho que el término entre la presunta vulneración del derecho y la activación del mecanismo de tutela, resulta razonable.

En conclusión, y al darse el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, estos son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación de la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto y (iv) requisito de subsidiariedad y, (v) inmediatez en este amparo invocado, el despacho encuentra procedente la acción de tutela, y procederá a desarrollar el segundo problema jurídico.

Antes de abordar el caso concreto, se hará un análisis de (i) Protección constitucional y legal especial durante y en la época posterior al parto. La maternidad un derecho humano; ii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas. Reiteración de jurisprudencia; iii) Pago extemporáneo de las cotizaciones y el allanamiento a la mora y, iv) el caso concreto.

**(i) Protección constitucional y legal especial durante y en la época posterior al parto. La maternidad un derecho humano**

La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar.

Así, la Constitución de 1991, consagró dicha protección especial, a la mujer en período de gestación y lactancia en su artículo 43:

*“(...) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.*

Esta norma implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido.

La anterior disposición tiene su génesis en el amplio reconocimiento que, a nivel internacional, las normatividades en derechos humanos han otorgado la especial protección de la cual goza las madres, no solo en su etapa de gestación sino con posterioridad a ella, con el fin de impedir la discriminación en contra de la mujer y resaltando la importancia social de la maternidad y la mujer en la procreación.

En todos estos convenios de carácter internacional, la normativa desarrollada, relativa a la protección de la maternidad y, el cuidado de los hijos, proclaman como derechos esenciales en todas las esferas, el empleo, el derecho de familia, la atención de salud y la educación de la madre en sus etapas de gestación y lactancia.

En consecuencia, le corresponde al Estado el deber de propender la garantía para que se efectivicen los derechos de las madres gestantes y de los niños en sujeción al fuero de maternidad, dado que se ha reconocido a la maternidad como derecho humano y, en consecuencia, debe protegerse su goce efectivo.

En la normatividad nacional, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que:

*“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*

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. ...”*

El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.

En este sentido, existe un marco jurisprudencial claramente delimitado sobre las decisiones que sobre la licencia de maternidad adopten las entidades promotoras de salud como las que en sede de tutela deban disponer los jueces constitucionales.

**(ii) Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas. Reiteración de jurisprudencia**

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 familiar.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> T-1062 de 2012.

### (iii) Pago extemporáneo de las cotizaciones y el allanamiento a la mora.

El allanamiento a la mora es la figura jurídica que refiere a aquella situación en la que el acreedor, tácitamente y debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, acepta el descatamiento de las obligaciones de pago, sin que ejerza alguna acción que pretenda el cumplimiento de las mismas.

En tema de prestaciones sociales en salud, la responsabilidad en el recaudo de los aportes corresponde a las Entidades Promotoras de Salud y, en general, a las entidades de previsión social. En tal sentido, aquellas son titulares de las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado, razón por la cual no pueden alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de las prestaciones económicas si previamente recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea.

En relación con el pago extemporáneo de las cotizaciones y el allanamiento a la mora, es necesario hacer referencia a lo establecido por la Honorable Corte Constitucional en los siguientes términos:

*«En efecto, “la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del “allanamiento a la mora”, según la cual aunque el empleador sufrague los pagos por concepto de cotizaciones al SGSSS de sus trabajadoras (concretado el tema a la licencia de maternidad) de forma extemporánea o incompleta, si la EPS a la cual se encuentran afiliadas no adelanta un requerimiento previo o se abstiene de rechazar las cotizaciones subsiguientes y continúa prestando sus servicios, se entiende que zanjó la morosidad en la cual se haya incurrido y no puede negarse a reconocer la respectiva prestación aduciendo la mora, pues tal aquiescencia la obliga a sufragar el pago exigido[23], para garantizar los derechos de la madre y su bebé.»<sup>6</sup>*

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.

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.

---

<sup>6</sup> T-761 de 2010

**(ii) Caso en concreto.**

La señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, en nombre propio y en representación de su hija A. M. R., interpone una acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, dignidad humana, integridad física en conexidad con los derechos fundamentales a la vida a la seguridad social, pues considera que SANITAS E.P.S., ha vulnerado sus garantías constitucionales, al rechazar el pago de la licencia de maternidad No. 58345883 correspondiente a ciento veintiséis (126) días, comprendidos entre el 18 de enero de 2023 al 23 de mayo de 2023, reconocida por su médico tratante el día 18 de enero de 2023, con ocasión al nacimiento de su menor hija.

Para el análisis del caso en concreto, se debe tener en cuenta que se acreditó en el plenario:

- (i) Que a ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ se reconoció certificado de incapacidad por licencia de maternidad el día 18 de enero del año 2023 y hasta el día 23 de mayo de 2023, como consecuencia del nacimiento de su hija A. M. R.
- (ii) Que la accionante ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, durante el periodo de gestación realizó los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en salud, en régimen contributivo, en calidad de independiente y a la Empresa Promotora de Salud SANITAS, tal como lo establece el histórico de pagos aportados por la encartada en su respuesta.
- (iii) Que los pagos hechos por ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, se han hecho mes a mes, con posterioridad al vencimiento de la fecha límite de pago, pero en todo caso, ha hecho el pago de los aportes con los intereses moratorios causados, con el fin de evitar ser excluida del régimen contributivo de salud y gozar de dicha prestación de los servicios, en especial, los que fueron requeridos con ocasión a su estado de gravidez, e inclusive en la fecha de su parto.
- (iv) Pese a haberse hecho pagos con posterioridad a la fecha establecida y habiéndose hecho aquello con los intereses moratorios correspondientes, la E.P.S. SANITAS, consintió dicha mora, sin oponerse a ella o iniciar acción para propender el pago, en los términos del artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016.
- (v) ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, presentó para su pago la licencia de maternidad a la E. P. S. a la que se encontraba afiliada, entidad que mediante misiva de fecha 23 de febrero de 2023 no accedió al reconocimiento del pago, aduciendo la extemporaneidad en el pago, considerando que la fecha límite correspondía al 09 de febrero de febrero de 2023 y el pago se realizó el día 10 de febrero de 2023.
- (vi) Posteriormente, en escrito de fecha 13 de mayo de 2023, SANITAS E. P. S. en respuesta a solicitud de estado de licencia de maternidad, señaló se encontraba en *estado rechazado*, toda vez que evidencia que el aporte a salud correspondiente al inicio de la licencia, en este caso enero de 2023, no se realizó dentro de los tiempos establecidos de acuerdo al artículo 2.2.3.2.1 del decreto 1427 de 2022, que señala: "*Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar*", pues el pago se realizó de manera extemporánea, es decir, reiteró lo señalado en anterior

respuesta entregada a la accionante.

- (vii) SANITAS E. P. S. no acreditó en el plenario, la oposición al pago extemporáneo, por lo cual se acreditó el allanamiento a la mora, en los términos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, en casos similares.
- (viii) A la fecha, SANITAS E. P. S. no ha realizado el pago de la licencia de maternidad.

En ese orden, considera este despacho que la EMPRESA PRESTADORA DE LOS SERVICIOS DE SALUD SANITAS, vulneró y actualmente está vulnerando los derechos fundamentales alegados por la accionante ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ en nombre propio y los que debe gozar la niña A. M. R., con ocasión a la reiterativa negación en la prestación de los servicios que requiere la accionante y que se derivan de la licencia de maternidad otorgada, situación que trasgrede sus derechos de rango constitucional y supra constitucional al mínimo vital, vida en condiciones de dignidad humana, razonamiento que se extrae del análisis del caso en concreto, las pruebas aportadas y conforme a las disposiciones jurisprudenciales señaladas por la H. Corte Constitucional, así:

Conforme a lo señalado en el escrito de tutela, la falta de pago de la licencia de maternidad a favor de ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, vulnera su derecho al mínimo vital, pues dicho pago, corresponde al que le equivaldría como salario o contraprestación mensual, máxime si se tiene en cuenta que cotiza en calidad de independiente al sistema de seguridad social en salud, como producto del contrato de prestación de servicios que suscribió desde el año 2019 y que debido al nacimiento de su hija, sus ingresos evidentemente se ven disminuidos. Por ende, es deber de este juez constitucional aplicar la presunción de veracidad en favor de la accionante y de su hija, quienes han visto sacrificada su básica subsistencia por la falta de pago de dicha licencia. En consecuencia y al aplicarse la presunción en los términos de la jurisprudencia constitucional, le correspondía a la entidad accionada, desvirtuar tal presunción, hecho que no ocurrió en el presente trámite, pues SANITAS E. P. S. a través de su representante, omitió, si quiera sumariamente, controvertir lo probado luego, lo que conlleva a que deba propenderse la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad.

Ahora bien, la EPS SANITAS, alega en su réplica que la licencia de maternidad no fue reconocida en su pago, teniendo en cuenta que se realizó el desembolso extemporáneo de los aportes al sistema de seguridad social en salud y que, por ende, al solicitarse el pago de la licencia el IBC cotizado fue en ceros. Dicha apreciación no es aceptada por este despacho, pues reconoce la EPS que el pago de la cotización del mes de enero, se hizo al día siguiente de la fecha de vencimiento de la obligación, es decir el día 10 de febrero de 2023. Sin embargo, no indica que haya rechazado el pago por extemporáneo, tampoco allega prueba si quiera sumaria de haber iniciado el trámite contemplado en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 2016, acción para propender el pago, tampoco requirió en su oportunidad a la accionante a fin de indicarle sobre la mora en su obligación y, tácitamente, consintió el pago con los intereses moratorios causados, tan así que a la fecha de presentación de esta acción tuitiva, se acredita la afiliación al sistema en calidad de cotizante de la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ, quién inclusive con posterioridad a la fecha del parto, ha continuado con el pago de su planilla, tal como se evidencia en folios 15 y 16 del archivo *02EscritoTutela2023-00035* perteneciente al expediente digital.

En ese orden, la actuación desplegada por SANITAS E. P. S., trasgrede notoriamente las garantías constitucionales de la accionante, pues rechazó el pago de la correspondiente

licencia, pese a acreditarse el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normatividad vigente para el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad, como es el pago de los aportes durante el periodo de gestación.

De otro lado, sobre la solicitud subsidiaria de recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, a fin de que se le reembolsen los dineros que se le cancelen a la accionante en cumplimiento del fallo, resta decir que no hay lugar a acceder a ella, toda vez que la entidad promotora de salud cuenta con los mecanismos legales y administrativos para ese propósito.

Por lo diserto y encontrándose demostrado que la actora tiene derecho al pago total de su licencia de maternidad, este despacho en ejercicio de su deber legal y constitucional dispondrá el amparo de los derechos al mínimo vital y vida en condiciones dignas de la señora ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ y su hija A. M. R. y, en consecuencia, ordenará a SANITAS E. P. S. representada por JUAN PABLO RUEDA SÁNCHEZ y/o quién haga sus veces, para qué, en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad debida a la afiliada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones de dignidad humana reclamados por **ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1'052.391.437 de Duitama en su propio nombre y en representación de los derechos de su hija A. M. R., en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **SANITAS E. P. S.** representada legalmente por **JUAN PABLO RUEDA SÁNCHEZ** y/o quién haga sus veces, para qué, en el término máximo e improrrogable de **CUARENTA Y OCHO (48)** horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad debida a la afiliada **ADRIANA CAROLINA RIVERA BÁEZ**.

**TERCERO: NEGAR** la solicitud subsidiaria de recobro elevada por **SANITAS E. P. S.**, toda vez que la entidad promotora de salud cuenta con los mecanismos legales y administrativos para ese propósito.

**CUARTO: DESVINCULAR** del presente trámite a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

**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: REMITIR** el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la presente decisión no sea impugnada y de conformidad con los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lino Artemio Rodríguez Rodríguez', written in a cursive style.

**LINO ARTEMIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
**JUEZ**

MAAN