



## JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

**Bogotá D.C., Dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023)**

### **ACCIÓN DE TUTELA N.º 1100140030022023-004650**

Se decide la acción de tutela interpuesta por **MABELLY DIAZ MELO** quien actúa en nombre propio y en representación de su hija **Z.R.D.**, contra **ALIANSA SALUD E.P.S.** y como vinculadas **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, HEAVENS FRUITS S.A.S., COMPENSAR S.A.S, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.**

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante pretende que en salvaguarda de sus derechos fundamentales a la vida digna, dignidad humana en conexidad el mínimo vital, y la protección especial del recién nacido, se ordene a la EPS accionada se reconozca y realice el pago total de la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Manifestó como respaldo a su petición que, desde hace varios años se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud con la EPS **ALIANSA SALUD EPS**, cotizando como trabajadora dependiente.

Indicó que el 7 de marzo de 2023, dio a luz a su menor hija **Z.R.D.**, en la ciudad de Madrid (España), lugar donde ocasionalmente reside, pues el lugar donde principalmente vive y labora es la ciudad de Bogotá D.C.

Señaló que solicitó a **ALIANSA SALUD EPS**, el pago de la licencia, el cual le informó que no la realizaban toda vez que la empresa para la cual labora realizó el pago del aporte correspondiente en una fecha distinta a la establecida por ellos.

Agregó que la empresa donde ella labora realizó cumplidamente todos los pagos de los aportes correspondientes a seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y aún hoy lo continúa realizando, sin recibir ningún tipo de

requerimiento de pago o notificación por mora por parte de la EPS ALIANSALUD, entendiéndose en este sentido, que ésta recibe los pagos debidamente.

Precisó que la EPS se abstuvo de realizar acciones de cobro por concepto de pago de aportes, allanándose a la mora existente y aceptando sin reparos todos y cada uno de los pagos realizados oportunamente, en este sentido, se encuentra obligada a asumir el pago de la licencia de maternidad correspondiente.

## **II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS**

Aduce la parte accionante la violación de los derechos fundamentales la vida digna, dignidad humana en conexidad el mínimo vital, y la protección especial del recién nacido.

## **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

La presente acción de tutela fue admitida el 19 de mayo de 2023 y comunicada a los interesados por medio expedito.

## **IV. CONTESTACIÓN A LA TUTELA**

**HEAVEN`S FRUITS S.A.S**, señaló que la trabajadora oportunamente realizó los tramites de apostilla y demás necesarios para la transcripción de la licencia por parte de su EPS, lo cual efectivamente se realizó, procediéndose al cobro de la misma ante la EPS ALIANSALUD, sin embargo, ésta se niega de forma injustificada.

Agregó que como empleadores han cumplido con sus obligaciones laborales y han realizado debidamente las cotizaciones al sistema de seguridad social de sus trabajadores y que jamás se ha interrumpido o suspendido la realización de dichos pagos, de igual forma se realizó la afiliación a la EPS requerida por la accionante por lo que no se encuentran motivos justificados para la negación del reconocimiento y pago de la licencia.

**EPS ALIANSALUD.**, indicó que la entidad rechazó lo solicitado toda vez que las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud correspondientes al mes de marzo de 2023 fueron realizadas por la accionante hasta el día 29/03/2023, desconociendo que el plazo máximo era el día 2/03/2023, luego hecho el pago de manera extemporánea en el mes en el que se enmarca el día 1 de la licencia, es a todas luces improcedente el reconocimiento de esta, pues la accionante no

acredita las condiciones para reclamar dicha prestación económica.

Agregó que ha actuado conforme sus obligaciones legales, sin que se evidencie vulneración o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante, quien debe cumplir y/o exigir el cumplimiento a su empleador de los requisitos de ley para tramitar la solicitud de licencia de maternidad, pues solo así, esta entidad puede proceder con el reconocimiento y pago de la prestación.

Por lo anterior, solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela y no amparar los derechos fundamentales señalados como violados en peligro inminente por parte de esa entidad.

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, solicitó se desvincule dentro de la presente acción constitucional, por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a ellos, ya que es la EPS como aseguradora en salud la responsable de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud.

**COMPENSAR EPS.**, solicito la improcedencia de la presente acción, por falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que la entidad no tiene vínculo con la accionante.

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, solicitó se le exonere de toda responsabilidad dentro de la acción de tutela de la referencia, en tanto no está en su competencia reconocer la licencia de maternidad solicitada y en su lugar, SE ORDENE a la EPS y/o a quien corresponda, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la ADRES no ha desplegado ningún tipo de conducta omisiva en el presente caso, y en consecuencia desvincularlos del trámite de la presente acción constitucional ya que no ha vulnerado derechos fundamentales de la accionante.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **1. De la competencia**

Es competente este despacho judicial para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86 constitucional, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

### **2. Naturaleza de la acción constitucional**

El artículo 86 de nuestra Carta Política enseña 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad.

Dicha acción, es un instrumento jurídico, que la Carta Política ha confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tiene dos características esenciales, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional: a- La de ser una acción subsidiaria, por cuanto solo es posible hacer uso de ella cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86 inc.3) b- La de ser una acción inmediata, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del Derecho sujeto a violación o amenaza.

Su procedencia se condiciona, entre otros aspectos, a la inexistencia de otros mecanismos de defensa a través de los cuales sea posible la protección de tales derechos cuando estén siendo vulnerados o puestos en peligro, o que existiendo otro medio de defensa, se invoque como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, como para tal efecto lo señala el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 con la condición de que el afectado inicie la correspondiente acción en un máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

La acción de tutela no fue concebida entonces para otorgarle un alcance inadecuado, pues no es un instrumento duplicador de las actuaciones judiciales o administrativas, ni un mecanismo creado para pretermitir o reemplazar las distintas instancias judiciales o administrativas. El propósito claro y definido no es otro que el de brindarle protección inmediata y subsidiaria a la persona, pues de lo contrario se introduciría inestabilidad e inseguridad en el régimen jurídico.

### **3. Procedencia de la acción de tutela**

El Despacho entra a analizar la procedencia de la acción de tutela interpuesta por la accionante Mabelly Díaz Melo, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija recién nacida Z.R.D., contra ALIANSALUD E.P.S., advirtiendo que se cumplen todos los requisitos de procedencia, esto es, la legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad, por lo siguiente:

La señora Mabelly Díaz Melo, está legitimada para presentar la acción de tutela, al ser una persona que actúa en nombre propio, buscando la protección no solo de sus derechos fundamentales sino además los de su menor hija, por lo cual se configura la legitimación en la causa por activa.

Así mismo, es viable dirigir la tutela contra ALIANSALUD E.P.S., ya que es la entidad promotora de salud que tiene a su cargo la salvaguarda de intereses de los pacientes que a su cargo se encuentren afiliados y a quien la accionante le atribuye la presunta vulneración de sus derechos fundamentales y los de su menor hija, por lo cual se configura la legitimación en la causa por pasiva.

De otro lado, la acción de tutela fue puesta oportunamente porque entre el hecho presuntamente vulnerador, esto es, la negativa para el pago de la licencia, junto con la interposición de la presente acción, es decir, el 19 de mayo de 2023, ha transcurrido un tiempo prudencial, término que se estima más que oportuno para acudir al amparo constitucional configurándose de esta manera la inmediatez y más si se advierte que a partir de la autorización dada, la accionante ha ejercido los mecanismos necesarios para ser atendido conforme las pretensiones que aquí nos ocupan.

A su vez, respecto al requisito de subsidiariedad, advierte el despacho el cumplimiento del mismo, por cuanto se evidencia la vulneración a los derechos fundamentales endilgados, que de

manera directa impactan su calidad de vida, por lo que la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la garantía de su derecho no sólo al mínimo vital, sino a la dignidad humana, vida digna y protección especial del recién nacido, en atención a su interés superior y prevalente, pues estos se ven afectados debido a la negativa para efectuar el pago de la licencia a la cual tiene derecho, además si se advierte que la aquí accionante no cuenta con otros mecanismos efectivos para desterrar la amenaza o perjuicio alegado.

#### **4. Problema jurídico**

La accionante Mabelly Díaz Melo, pretende por medio de esta acción constitucional se ordene a las accionadas se realice el pago la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Bajo este contexto, le corresponde a este despacho determinar si la E.P.S accionada y las vinculadas, vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, dignidad humana en conexidad el mínimo vital, y la protección especial del recién nacido, al no tramitar las acciones pertinentes para el pago de la licencia de maternidad.

Cabe precisar para el caso que nos ocupa que a pesar de que existen medidas de protección en la legislación laboral para garantizar a la mujer embarazada los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales, a veces no brindan la eficacia que el asunto requiere.

Precisamente por ello, la Constitución Política extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún más reforzada si está gestando. (Sentencia T-848 de 2004 Corte Constitucional). Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “*gozará de especial asistencia y protección del Estado*”.

Al respecto preciso la Corte Constitucional en Sentencia T-184 de 2012 Magistrada Ponente: María Victoria Calle, la necesidad de proteger a la mujer gestante en relación inescindible con otros derechos fundamentales de madre e hijo, a favor de quienes procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el

cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Así mismo, la referida Corporación ha venido desarrollando esta medida con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas.

De esta manera, ha mencionado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó (Sentencia T- 368/2015).

### **LICENCIA DE MATERNIDAD**

De conformidad con lo argumentado por la accionante, es necesario advertir que la Superintendencia Nacional de Salud se pronunció al respecto en el concepto con *NURC 2-2017-023273 del 15 de marzo de 2017*, indicando lo siguiente:

*“2.1 Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud-EPS, el Decreto Ley 019 de 2012, en su artículo 121 prevé:*

#### **“ARTÍCULO 121. 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.”*

*Sobre el particular, téngase que, actualmente, el Decreto 780 de 2016, compilatorio del Decreto 2353 de 2015, establece:*

**“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.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar. (Artículo 78 del Decreto 2353 de 2015)”.

Del reglamento legal antes transcrito se observa, que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es requisito que la afiliada cotizante hubiere efectuado el pago de aportes durante los meses correspondientes al período de gestación. No obstante, cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación tendrá derecho a que se le reconozca y pague en forma proporcional el valor de la licencia de

maternidad en un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

Ahora bien, cuando se presente mora en el pago de los aportes la EPS reconocerá a licencia de maternidad siempre y cuando se cancele la totalidad de los aportes adeudados y los intereses moratorios correspondientes.

En suma, una vez la Entidad Promotora de Salud verifique el cumplimiento de estos requisitos, debe pagar a la trabajadora la licencia de maternidad en forma total, bien sea completa o proporcional de conformidad con lo anteriormente expuesto.

### **5. Caso en concreto**

En ejercicio de ésta acción constitucional la señora Mabelly Diaz Melo interpuso acción de tutela en contra de ALIANSALUD E.P.S., por cuanto, no ha sido posible que se realice el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Corresponde por tanto a esta instancia constitucional absolver el interrogante de sí la conducta de la accionada vulnera o amenaza los derechos fundamentales cuya protección de invoca, dejándose en claro que no solamente se trata de la protección de los derechos de la accionante, sino que también se encuentran amenazados los de su hija menor recién nacida; quienes por su condición gozan de especial protección constitucional.

Frente al particular, la Corte Constitucional tal y como se evidencia en sentencia T-1062 de 2012, consideró que para que una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, sin embargo, dicha apreciación fue modificada, teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que:

*“la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”.*

De esta manera, protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicando tales disposiciones y ordenando que se reconozca y realice el pago de

la licencia de maternidad aun cuando no se haya cotizado durante todo el período de embarazo a las entidades prestadoras de salud.

Lo anterior, advirtiéndose que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es indispensable para la subsistencia tanto de la madre como de su menor hijo y, por ende, la negativa de acceder a dicha prestación hace presumir la afectación de su garantía constitucional al mínimo vital y a la vida en condiciones de dignidad. Lo anterior, encuentra sustento en la inaplicación que del artículo 3° del Decreto 047 de 2000 ha realizado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones al decir:

*“...En aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema”.* (subraya fuera de texto).

Adicionalmente se tiene que, tanto de las manifestaciones realizadas por la accionante como de la entidad donde la misma labora se advirtió la realización del pago de las cotizaciones, las cuales no fueron desconocidas por la EPS accionada y que por el contrario solo se indicó que el pago se había realizado de manera extemporánea, por cuanto fue el 29 de marzo de 2023 y no el día 2 del mismo mes y año; lo que enmarca a la accionante en la protección constitucional señalada pues, en aplicación al Decreto mencionado en inciso anterior, la entidad promotora de salud ALIANSALUD tiene la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad, por cuanto no se dejó de cotizar por un tiempo mayor a dos meses. En suma, no se le puede achacar a la cotizante la demora en los pagos de su empleador, como argumento para abstenerse de realizar el pago correspondiente.

Se tiene entonces que la actitud desplegada por la accionada va en contravía de la protección reforzada con la que cuenta la menor a la luz de su interés superior y prevalente, así como el mínimo vital de la accionante, que se ve vulnerado al transcurrir el total del tiempo de la licencia de maternidad concedida sin que se le hubiera cancelado la misma.

Así las cosas, se concederá el amparo deprecado y se ordenará a E.P.S ALIANSALUD, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta

providencia, proceda a reconocer y pagar a la señora Mabelly Diaz Melo, la licencia de maternidad otorgada con ocasión del nacimiento de su menor hija.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI. RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos a la vida digna, dignidad humana en conexidad el mínimo vital, y la protección especial del recién nacido de la señora **MABELLY DÍAZ MELO**.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **ALIANSA SALUD EPS**, para que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar, la licencia de maternidad otorgada a la señora Mabelly Díaz Melo, con ocasión del nacimiento de su menor hija.

**TERCERO: DESVINCULAR** de la presente acción constitucional a **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, HEAVENS FRUITS S.A.S., COMPENSAR S.A.S, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** y al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**.

**CUARTO: NOTIFICAR** esta decisión a los interesados, por el medio más expedito. (Art. 30 Decreto 2591 de 1.991)

**QUINTO: REMITIR** la presente decisión a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no impugnarse.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ROCIO CECILIA CASTILLO MARIÑO**  
**JUEZ**