



ACCIÓN DE TUTELA

68001-40-88-016-2021-00100-00

Bucaramanga, primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 del 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

ASUNTO A DECIDIR

Dentro del término legal, el Despacho entra a resolver la acción de tutela promovida por MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ identificada con cédula de ciudadanía número 1.232.889.159, actuando en nombre propio, en contra de COOSALUD E.P.S, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES –, OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES y RIGAR SAS, para la protección de los derechos fundamentales constitucionales presuntamente vulnerados a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ se encuentra afiliada en la actualidad al régimen de seguridad social en salud bajo el régimen subsidiado en la E.P.S COOSALUD. Sin embargo, anteriormente pertenecía al régimen contributivo al estar vinculada laboralmente con OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES.

El 19 de octubre del 2021 nació su hija ZOE ANTONELLA MOLINA PINILLA, motivo por el cual se le otorgó licencia de maternidad por 126 días, desde el 19 de octubre del 2020 hasta el 21 de febrero del 2021. No obstante, el 3 de diciembre del 2020 COOSALUD EPS reconoció solo 92 días de dicha licencia, por la suma de dos millones seiscientos noventa y un mil novecientos treinta pesos neto MTCE (\$2.691.930). De esta manera, la accionante manifiesta que a la fecha no se ha hecho el pago de 34 días de licencia de maternidad.

La accionante alega que consultó las razones del pago incompleto por parte de COOSALUD EPS, la cual sin embargo, nunca le informó los motivos del no reconocimiento de la totalidad de los días otorgados como licencia. De tal forma y atendiendo a que en la actualidad se encuentra trabajando desde casa para el cuidado de su menor, alega que requiere el pago total de la licencia de maternidad otorgada a su favor.

PRETENSIÓN

Solicitó la accionante que se protejan los derechos fundamentales constitucionales a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, y en consecuencia se resuelva:

1. Ordenar a la E.P.S COOSALUD realice el pago total de la licencia de maternidad por 126 días de fecha 19 de octubre del 2020 hasta el 21 de febrero del 2021.



ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del pasado veintitrés (23) de agosto del corriente, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, dentro del cual corrió el respectivo traslado a COOSALUD EPS y vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES –, OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES y RIGAR SAS, para que en el término de un (01) día ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

De igual forma en dicha oportunidad se requirió a la usuaria para que informara frente a la situación fáctica expuesta en el escrito de tutela si su intención era la reclamación de una licencia de maternidad o de paternidad por su pareja.

1. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, luego de hacer un recuento del marco normativo de la entidad y del alcance constitucional y legal de la licencia de maternidad y de los derechos al mínimo vital y vida digna, solicita se excluya a su entidad de la Litis, al considerar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos de la accionante, pues a la EPS le corresponde la función indelegable del reconocimiento y pago de las incapacidades o licencias expedidas en favor de sus afiliados, de tal manera la obligación de la ADRES respecto al pago de licencias iniciaba una vez las EPS o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentaban las mismas para su reconocimiento y pago.

2. RIGAR SAS a través de su representante legal expresó que en efecto la empresa gestionó la radicación de la licencia de paternidad del señor ANDERSON FERNEY MOLINA ZAPATA quien se encontraba vinculado desde el 26 agosto de 2020, ejerciendo el cargo de auxiliar técnico y quien era el esposo de la accionante en esta acción de tutela.

A su vez, advierte que al solicitar proceso de transcripción y reliquidación de la licencia de su trabajador, COOSALUD E.P.S les había allegado el CERTIFICADO DE INCAPACIDAD O LICENCIA POR MATERNIDAD correspondiente a la incapacidad N°10186 de MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONES, de tal manera se hizo la aclaración vía correo electrónico y se solicitó la liquidación la licencia de paternidad.

Ahora bien, frente a las pretensiones de la acción de tutela instaurada por la accionante, indica que no se opone a la pretensión manifestada por la accionante, toda vez que la LICENCIA DE MATERNIDAD es un descanso remunerado de 18 semanas que la ley confiere a la mujer que tiene un hijo, que es pagado por el empleador y reconocido por la EPS y se encuentra regulado por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo.

3. COOSALUD EPS mediante su Gerente de la Sucursal Santander señaló que el 09/12/2020 a la Cuenta de Ahorros NO. 7930002565 BANCOLOMBIA a nombre del aportante OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES SAS identificada con NIT 901284942 se efectuó pago por valor de \$ 2.691.930 por concepto de LICENCIA DE MATERNIDAD emitida a nombre de PINILLA QUIÑONES MARIA ALEJANDRA CC 1232889159. A su vez, aclaró que, la licencia de maternidad se reliquidó de forma PROPORCIONAL, de acuerdo con lo enunciado en el Artículo 78 del Decreto 2353 del 2015 y el Artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 2016. Por lo



cual, la entidad había realizado la liquidación y pago de licencia de maternidad de acuerdo con la normatividad vigente.

En ese orden de ideas, solicitó se declare improcedente el presente el presente amparo constitucional toda vez se encontraba configurada la carencia actual de objeto por hecho superado.

4. MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONES como accionante, rindió aclaración al despacho señalando que en la presente acción se pretendía el reconocimiento y pago total de la licencia de maternidad, toda vez que la licencia de paternidad a la cual tenía derecho su esposo ANDERSON FERNEY MOLINA ZAPATA, se tramitaba bajo su propio nombre ante el Juzgado 12 Penal Municipal De Garantías bajo radicado rad: 2021-00106.

5. OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES pese a ser notificada en debida forma a su correo electrónico para notificaciones judiciales, guardó silencio.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Antes de realizar el estudio del caso planteado, considera este Despacho que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la Constitución, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe en su nombre, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señale la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, dicha normativa «*contiene los elementos de procedencia de la acción de tutela, entre ellos, el relacionado con la legitimación en la causa, la cual se entiende como la potestad que tiene una persona para invocar sus pretensiones o controvertir aquellas que se han aducido en su contra. De esta manera, el primero de los eventos se conoce como legitimación en la causa por activa y el segundo como legitimación en la causa por pasiva*»¹.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En la presente causa, se advierte que, quien acude a la acción de tutela, es precisamente la persona que se considera directamente afectada por la conducta esgrimida por la parte demandada. Por lo tanto, al tenor de lo explicado en el título anterior, no existe duda acerca del cumplimiento de este requisito.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





La legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado.

El inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía, por lo cual la entidad accionada COOSALUD E.P.S es demandable a través de la presente tutela, puesto que es la persona jurídica encargada de cancelar las incapacidades y las licencias de maternidad. A su vez, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, por ser la entidad que se encuentra a cargo de garantizar el adecuado flujo de los recursos y los respectivos controles y la inspección, vigilancia y control del aseguramiento en salud respectivamente, puede llegar a tener cierto grado de responsabilidad en el asunto bajo estudio.

Por otra parte, OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES como empresa empleadora con la cual la accionante prestaba sus servicios, por lo que le asiste interés en el presente trámite, por ser la encargada de haber realizado el pago de aportes a seguridad social.

Es así que sobre la legitimación por pasiva de la acción, el despacho verifica que se cumple con el requisito en la medida que la entidades accionadas son las encargadas de realizar aportes y brindar las licencias respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, frente a RIGAR SAS, teniendo en cuenta que se trata es del empleador del esposo de la accionante, no encuentra el despacho grado de responsabilidad alguna o inferencia en esta ocasión, por lo cual se advierte desde ya que no se encuentra legitimada por pasiva.

INMEDIATEZ

Entendiendo que este requisito se refiere a que la interposición de la acción de tutela se dé dentro de un término razonable, contado a partir del momento de ocurrencia del hecho alegado como transgresor de los derechos fundamentales, para este Despacho se encuentra satisfecha esta exigencia, toda vez que, el motivo que da lugar a la pretensión de la acción tiene fundamento en la licencia de maternidad otorgada a la señora MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ expedida desde el 19/10/2020 al 21/02/2021, por 126 días, y la presente acción fue interpuesta el veinte (20) de agosto del corriente, sin que hasta la fecha haya recibido el pago completo de su licencia de maternidad, pues el pasado 9 de diciembre del 2020 solo se cancelaron 92 días de licencia, pese a que advierte ha solicitado el mismo sin recibir respuesta alguna, por lo que es claro que se trata de un hecho continuado, por lo que considera este Estrado que ha transcurrido un tiempo razonable, entre el nacimiento de la menor, la solicitud del pago completo de la licencia de maternidad y la interposición de la acción de tutela, con lo cual se encuentra acreditado este presupuesto de procedibilidad.

SUBSIDIARIEDAD

Conforme al inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, el requisito de subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela se constituye como un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario; es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa, salvo



que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

Es preciso establecer que el presente caso debe someterse al procedimiento establecido en la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de las acreencias que se persiguen (incapacidades y licencia de maternidad). Por lo cual, en principio dicho mecanismo constitucional es improcedente, ya que el derecho que se discute es de carácter prestacional.

No obstante, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha admitido que cuando la falta de pago de la licencia de maternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad, el mecanismo de amparo se convierte en la acción judicial procedente para obtener su pago.

De manera específica, la Corte en sentencia T-278-18 ha indicado que la tutela es procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: *primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.*

Por lo anterior, ante la posible inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable como lo es la carencia del mínimo vital para subsistir, se hace procedente la acción constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta ocasión, corresponde al Juez de tutela establecer si (i) ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital por parte de COOSALUDE.P.S a MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ al no concederle el pago completo de la licencia de maternidad?

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se encuentra contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1.991, como el medio más expedito y eficaz para lograr que cesen o se detengan aquellas acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental, no obstante, la misma se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

Esto es, está prevista como un mecanismo procesal, complementario y específico que tiene por objeto la protección concreta de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su violación.



El ejercicio de la acción está condicionado a que la parte demuestre la existencia de una amenaza concreta y específica de violación de los derechos fundamentales cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública y en casos definidos por la ley a sujetos particulares.

La tutela es un instrumento de carácter directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir solo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que la mujer en estado de embarazo, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado; a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo, a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez; y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto. Adicionalmente, la especial protección constitucional a la mujer en embarazo se produce con el fin de proteger integralmente a la familia².

DERECHOS FUNDAMENTALES DE MUJER EMBARAZADA- protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus

Algunos de los derechos constitucionales de la mujer embarazada son, adicionalmente, derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a recibir el pago oportuno de la remuneración o del subsidio alimentario cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada - y, en consecuencia, a la protección integral de la familia y a la adecuada gestación del nasciturus - constituye un derecho constitucional fundamental³.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas. Por lo que, podemos ver dos características esenciales: por un lado, le atribuye el carácter de derecho irrenunciable de toda persona y, por el otro, la instituye como servicio público de carácter obligatorio. Debe recordarse, que este derecho se encuentra cobijado por los principios de universalidad y solidaridad.

A su vez, la Honorable Corte Constitucional lo ha definido como el "*conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano*⁴.

DERECHO AL MINIMO VITAL

² Corte Constitucional, sentencia T-373-98

³ Ibidem

⁴ Corte Constitucional, Sentencia t-043-19
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



La jurisprudencia ha definido el mínimo vital como *"aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional"*⁵

NATURALEZA Y CONCEPTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

*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. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. 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*⁶.

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. (Sentencia SU-075 de 2018)

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos de procedencia

Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-157 de 2014

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-503-16

Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.

j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co





ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna⁷.

REGLAS PARA ACCEDER AL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.

Al respecto, el Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“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.

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.”

La Corte Constitucional 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. La Corte ha señalado 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 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 se advierten dos circunstancias fácticas distintas En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el **pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo.** En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (Subrayado fuera de texto)*

TRÁMITE PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS – LICENCIA DE MATERNIDAD

Ahora bien, en lo que corresponde al reconocimiento y pago de dicha licencia cabe advertir que el Código Sustantivo del trabajo en su artículo 236, señaló:

⁷ T-278-18



ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

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.

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

Trámite que se regula además, por el decreto Decreto 19 del 2012, (Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública) "ART. 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. (Subraya fuera de texto)".

DEL RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMGA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–

Es importante señalar que la E.P.S tiene la obligación de suministrar todo lo que necesite la persona para recuperar sus funciones básicas o para llevar sus dolencias en forma digna y cuando estos elementos no estén contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud la entidad no se desliga de su obligación, pues tiene derecho a hacer recobro ante la ADRES, ya que se entiende que no se pueden imponer cargas onerosas a las entidades más allá de lo que legalmente pueden y deben soportar.

Por lo tanto, el recobro opera por ministerio de la ley, sin que haya necesidad de orden judicial que lo disponga, recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció:

«6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir" dispuso: "ii) no se podrá establecer que en la parte resolutoria del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.»



Y, frente a la orden de recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, es menester traer a colación la tesis manejada por la Corte Constitucional:

«Ahora bien, desde la perspectiva de que al Estado le asiste la Obligación subsidiaria de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios, la Corte, atendiendo a los mandatos contenidos en las Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, ha concluido que el reembolso de los costos de los servicios de salud No POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) Y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado»⁸

Así las cosas, no le corresponde al Juez Constitucional ordenar recobros al ADRES y/o Secretaria de Salud, puesto que el mismo opera por ministerio de ley, igualmente, el recobro es un derecho constitucional y legal que tienen las E.P.S.

CASO CONCRETO

En cuanto al caso bajo estudio, se tiene que a MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ le fue otorgada licencia de maternidad desde el 19 de octubre del 2020 hasta el 21 de febrero del 2021. Ahora bien, la controversia por la cual se dio inicio a este trámite tutelar, radica en el hecho de que la accionante manifiesta que COOSALUD E.P.S a la fecha no ha cancelado en su totalidad la licencia de maternidad correspondiente, pues el pasado mes de diciembre del 2020 solo se cancelaron 92 de los 126 días otorgados.

Bajo este orden de ideas, como se explicó al inicio de este proveído en principio, por tratarse de asuntos prestacionales, la acción de tutela no sería procedente, no obstante al encontrarse en eventual riesgo el derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la señora MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ y su hija quienes resultan ser sujetos de especial protección constitucional, se hace procedente el mecanismo constitucional de manera excepcional, pues además, convergen el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) los mecanismos ordinarios existentes no son idóneos: ante la protección del mínimo vital no resulta eficaz someter la accionante al trámite ordinario laboral que conlleva un período extenso en el cual la madre y su hija podrían verse afectadas en su subsistencia mínima; ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, situación que surge en el caso bajo estudio pues de no acudir a este mecanismo de protección constitucional podría ocasionarse un perjuicio irremediable como lo es el hecho de no poder sufragar los gastos básicos de subsistencia, y, iii) el titular de derechos es un sujeto de especial protección constitucional, pues no solo se trata de la señora MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ como sino de los derechos fundamentales de su menor hija.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T – 438 de 2009, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
jl6pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Por lo anterior, se entiende que la licencia de maternidad no solo protege los derechos fundamentales de la accionante sino además desarrolla el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Cambiando de flanco, es importante entrar a verificar, si en el *sub examine*, se encuentran configuradas las sub-reglas que ha impuesto la Corte Constitucional, para la procedencia del amparo aquí deprecado, pues la misma ha dispuesto, que la sede de tutela, no es el escenario idóneo para el reconocimiento de acreencias económicas, salvo unas excepciones puntuales, por lo que, para su procedencia, deben comprobarse los siguientes parámetros:

1. La accionante alega la afectación al mínimo vital, bajo argumentos de no contar con el dinero suficiente para su sostenimiento y el de su menor hija, ya que en la actualidad se encuentra vinculada mediante régimen subsidiado y decidió trabajar en casa para estar al cuidado de hija. De las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que, en efecto, aquella estuvo vinculada en el régimen contributivo, en calidad de cotizante desde el mes de abril de 2020 hasta el 1 de enero del 2021 y actualmente se encuentra vinculada mediante régimen subsidiado de salud.
2. La accionante cotizó con un ingreso base de liquidación consistente en un (1) salario mínimo legal, como se pudo apreciar del certificado de incapacidad o licencia de maternidad expedido por COOSALUD E.P.S, dinero del que percibían sus ingresos, tal como lo refirió al Despacho, de lo cual, se evidencia que la vulneración del derecho al mínimo vital es inminente.

Ahora, dentro del expediente digital, la accionante si bien no allega los soportes del pago de aportes en salud, lo cierto es que, del reporte ADRES allegado por la E.P.S, se evidencia cotización continua desde el mes de abril del 2020 hasta el 1 de enero del 2021. De tal forma, indica la E.P.S que se realizó la cotización sin abarcar todo el período de gestación, por lo cual la accionante no tiene derecho a la licencia de maternidad completa sino proporcional.

La accionante a su vez, mostró la intención de cobro, solicitando por intermedio de su empleador el pago de la licencia de maternidad, que fue negado y por ello optó por acudir a reclamar sus derechos por intermedio de la acción de tutela, advirtiendo que, desde el nacimiento de la menor, han transcurrido diez meses.

En ese orden de ideas, debe recordarse por este despacho que la licencia de maternidad más que un beneficio financiero, tiene un alto grado de relevancia social que lo que cobija en realidad es la protección efectiva de los recién nacidos, para que sean sus padres los que les brinden la atención que requieran en sus primeros días de vida, apoyo económico que es requerido para suplir las necesidades básicas en los primeros días de vida.

De tal forma, el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, la cual modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, contempló la licencia de maternidad en los siguientes términos:

"Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 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."

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 dispone lo siguiente:

"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. (...)*⁹

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

*"la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad". Así, "si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó"*¹⁰. (Subraya fuera de texto)

Es decir, que de no haber cotizado las 36 semanas (9 meses) del período de gestación o las que en cada caso particular hayan sido, se ha de conceder una licencia proporcional al tiempo que se haya alcanzado a cotizar durante la gestación. Lo anterior, en vísperas de que la exigencia de un período mínimo de cotización de tal extensión, limitaría en forma desproporcionada los derechos de los recién nacidos, cuyos padres no alcanzan a cumplir el requisito, pues de ser así no podrían aquellos disfrutar del apoyo y el amor de sus progenitores en sus primeros días de vida, con lo cual, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad frente a los otros niños.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia t-526-19

¹⁰ Ibídem.



Ahora bien, bajo el caso *Sub Examine* resulta claro que la accionante para el momento de los hechos era una trabajadora dependiente quien hasta la fecha llevaba cotizando con la EPS COOSALUD desde abril de 2020 hasta el 1 de enero del 2021, por tanto, observa este Despacho que se cumple a cabalidad el requisito objetivo de cotización al sistema de seguridad social.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el 19 de octubre del 2021 nació la niña ZOE ANTONELLA MOLINA PINILLA, de las pruebas obrantes en el plenario se advierte que, de las 39 semanas de gestación, solo logró cotizarse a partir del mes de abril del 2020, es decir, que al momento del parto solo se habían cotizado aproximadamente 26 semanas y 4 días, de tal manera que faltarían casi 13 semanas y 4 días sin cotización, las que equivalen a 3 meses y 4 días. Así, en esta ocasión el pago de la licencia de maternidad solo puede ser proporcional, pues, el periodo no cotizado excede de dos (2) meses del período de gestación que contempla la norma para el pago de la licencia de maternidad completa.

De tal forma y entendido que de los elementos de prueba que su cotización empezó cuando la accionante ya se encontraba embarazada, la liquidación de la licencia de maternidad debe realizarse conforme a lo expuesto en el artículo 78 del Decreto 2353 del 2015, que enuncia lo siguiente:

“Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia maternidad de conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan a los periodos 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 maternidad un monto al número de días cotizados frente al período real de gestación”.

En ese orden de ideas, atendiendo a que los cálculos para la liquidación deben hacerse por días, se entiende que por mes han sido 30 días¹¹ cotizados. De tal forma, del reporte del ADRES se advierte que la accionante cotizó durante la gestación a partir del mes de abril hasta el 19 de octubre del 2020 momento en que dio luz, es decir, 6 meses y 19 días, por ende durante dicho lapso se lograron cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud un total de 199 días de los 292 días de gestación (39 semanas).

Bajo ese paradigma, se advierte que COOSALUD E.P.S el pasado mes de diciembre del 2020, canceló la suma de \$2.691.930,00 por concepto de 92 días reconocidos por licencia de maternidad, tiempo que resulta proporcional atendiendo los 199 días cotizados, los 126 días otorgados de licencia y los 292 días de gestación. Por ende y atendiendo a que en esta ocasión se han cancelado 92 días, no evidencia la suscrita que la liquidación realizada por la Entidad Prestadora de Salud haya sido contraria a derecho, pues la misma se realizó conforme a las normas legales vigentes en la materia.

De tal manera, es claro para la suscrita que no existe vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de la accionante, toda vez que el pago de la licencia de maternidad se otorgó conforme al periodo de cotización realizado por la accionante durante su periodo de gestación.

¹¹ concepto 104544 de abril 21 de 2008.
Calle 34 No. 11 – 22 - Bucaramanga, Santander.
j16pmpalcgbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co



Con fundamento en las razones fácticas y probatorias, el **JUZGADO DIECISEIS (16) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA (S)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR la protección constitucional de los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de MARIA ALEJANDRA PINILLA QUIÑONEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.232.889.159, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DESVINCULAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES –, OUTSOURCING PROMOVEMOS SOLUCIONES y RIGAR SAS, al no encontrar grado de responsabilidad alguna dentro del trámite de la presente acción constitucional.

TERCERO.- COMUNICAR a las partes que contra este fallo procede la impugnación dentro del término de tres (03) días contados a partir de la notificación de la sentencia. De no impugnarse, envíese al día siguiente de su firmeza, ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO.- NOTIFICAR por el medio más idóneo, a las partes el contenido del fallo librando para ello las comunicaciones de ley. Una vez regrese el expediente de la Honorable Corte Constitucional, se ordena el archivo definitivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Angela Johanna Castellanos Barajas
Juez
Penal 016 Control De Garantías
Juzgado Municipal
Santander - Bucaramanga

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5f1b26b14fa6e48dd06e25ff0b3bfe806c2ef01b3d45cf3211c72eca9ac8aab3**
Documento generado en 01/09/2021 12:46:49 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>