

ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD / MUJER DURANTE EL EMBARAZO Y DESPUÉS DEL PARTO ES SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / RELIQUIDACIÓN DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD A TRABAJADORAS INDEPENDIENTES - Promedio de los valores cotizados

[L]a Sala estudiará si Coomeva EPS vulneró los derechos fundamentales de la actora y del menor DMPB, con la liquidación de la licencia de maternidad realizada y pagada por esta entidad. (...) Atendiendo a que en el presente caso se tiene que lo pretendido por la demandante no es el reconocimiento de la licencia de maternidad, si no la debida liquidación de la misma, la Sala procederá estudiar en primer término si, siendo que la demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, la tutela es procedente. Por un lado, se encuentra que la Constitución Política consagró especial protección para las mujeres durante el embarazo y después del parto, (...) Como consecuencia de la anterior protección especial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado que la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es el medio idóneo para reclamar el pago (...) En el presente caso evidencia la Sala que la trabajadora es independiente y cotizó de forma legal durante el año anterior a percibir la licencia de maternidad razón por la que al liquidar el valor de la licencia de Coomeva EPS debió promediar los valores cotizados por la demandante por concepto de los dos contratos. En ese orden de ideas, la Sala advierte que no le asiste razón al impugnante pues contrario a lo que manifestó es evidente que la demandante cumplió con el deber que cotizar sobre el 40% de lo percibido en los dos contratos, razón por la que al momento de liquidar la licencia de maternidad se tenía que promediar el valor cotizado sobre los dos contratos para reconocer en debida forma la licencia de maternidad a la señora Bolaños Jiménez. En virtud de lo anterior se evidencia que Coomeva EPS vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Bolaños Jiménez y su menor hijo, al no liquidar en debida forma la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTICULO 43 / LEY 1822 DE 2017 / DECRETO 780 DE 2016

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 19001-23-33-000-2017-00427-01(AC)

Actor: SANDRA LILIANA BOLAÑOS JIMÉNEZ Y OTRO

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SALUD Y OTRO

Decide la Sala la impugnación presentada por Coomeva EPS contra la sentencia del 6 de octubre de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que amparó los derechos invocados por la demandante.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La señora Sandra Liliana Bolaños Jiménez ejerció acción de tutela contra las citadas autoridades, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, la igualdad, al mínimo vital, la seguridad social y de petición. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERO.- TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital (el cual se presume por la ausencia de pago conforme a derecho corresponde), seguridad social, salud, derecho de petición, igualdad, protección constitucional especial durante y en la época posterior al parto, sin perjuicio de los que su señoría considere vulnerados o en estado de amenaza.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, ordénese a COOMEVA EPS, a que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a realizar el pago de mi licencia de maternidad de manera correcta, es decir teniendo en cuenta el IBC de los contratos por los cuales coticé, sin más dilaciones.”¹

Hechos

Se advierten como hechos relevantes, los siguientes:

La señora Bolaños Jiménez en febrero de 2016 suscribió dos contratos de mandato con la Universidad del Cauca como apoderada externa de la misma los cuales tenían vigencia hasta diciembre de 2016 uno por el monto de \$30.000.000 y el otro por \$32.760.000.

Durante ese periodo la demandante se afilió de forma independiente a Coomeva EPS, cotizando el 40% del valor mensual de los contratos razón por la que arrojó el IBC por valor de \$1.090.000 en el primer contrato y el segundo contrato de \$1.200.000.

En junio de 2016, conforme a exámenes practicados, se le informó a la señora Sandra Bolaños Jiménez que estaba en estado de embarazo y se estimó como

¹ Folio 24 del expediente de tutela.

fecha probable de parto el 28 de marzo de 2017.

El 14 de diciembre de 2016, la demandante radicó petición ante la EPS con la finalidad de que se le permitiera cotizar por el mes de enero de 2017 lo equivalente a un salario mínimo debido a que los contratos de mandato suscritos finalizaban en diciembre de 2016.

El 9 de marzo de 2017, nació el menor Daniel Parra Bolaños en la Clínica Santa Gracia lugar que le otorgó 126 días de licencia de maternidad. La demandante manifestó que cotizó de forma ininterrumpida hasta el mes de marzo, razón por la que el 28 de marzo de 2017, radicó solicitud de pago de licencia.

El 9 de mayo de 2017, Coomeva EPS le hizo entrega de un cheque por valor de \$3.863.394 con el que canceló la liquidación de un solo contrato por 98 días, en virtud de lo anterior reclamó ante dicha entidad el pago de la totalidad de la licencia de conformidad a lo cotizado, pese a esto la actora indicó que la entidad solo le liquidó 28 días restantes sobre el IBC de un solo contrato es decir le consignó el valor de \$1.103.736.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Bolaños Jiménez interpuso queja ante la Superintendencia de Salud contra la citada EPS.

A juicio de la demandante Coomeva EPS al no liquidar la licencia en debida forma vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital, pues desconoció que las madres y los niños son sujetos de especial protección constitucional.

Además omitió que debido a que cotizó por más de siete meses con dos contratos, la licencia de maternidad debió liquidarse de acuerdo al promedio de lo cotizado razón por la que el valor pagado no es el correcto.

Intervenciones

Coomeva EPS guardó silencio respecto de la solicitud de amparo.

La Superintendencia Nacional de Salud a través de un asesor de despacho, afirmó que carece de legitimación en la causa por pasiva toda vez que la

vulneración de los derechos que se alega está en cabeza de Coomeva EPS dado que es la responsable de la calidad oportunidad eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud de los pacientes. Pese a esto realizó análisis de la normativa aplicable al caso en concreto y concluyó que toda mujer en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. En caso de tratarse 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 tal cual como lo indica la norma.

Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 6 de octubre de 2017, amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó a Coomeva EPS reliquidación y pago de la licencia de maternidad, pues consideró que tenía derecho al pago de la licencia de maternidad porque la mujer en estado de embarazo y posterior al parto es un sujeto de especial protección constitucional.

Explicó que el no pago de la licencia a la actora afectaría no solamente el mínimo vital de ella sino de su hijo menor, pues dicha prestación constituye su único ingreso para la manutención.

Impugnación

Coomeva EPS impugnó la anterior decisión y afirmó que no hay lugar a amparar los derechos de la demandante, toda vez que se encuentra afiliada como independiente con tipo de salario fijo razón por la que a su juicio no le es aplicable el numeral 2 del artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo. Adujo que de no ser compartido el argumento esgrimido se le conceda el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *“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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera (sic) que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto.”

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Caso concreto

La señora Sandra Liliana Bolaños Jiménez solicitó la corrección y el pago de la liquidación de su licencia de maternidad de conformidad a la Ley 1822 de 2017, dado que le fueron reconocidos 126 días y solo recibió el pago de 98 días liquidados únicamente sobre uno de los contratos sobre los que cotizó.

En oficio de 12 de julio de 2017 y Coomeva EPS le respondió:

“Dando respuesta a comunicado recibido en Coomeva EPS, referente a la Licencia de Maternidad No. 10336174 con fecha de inicio 09/03/2017, emitida a su nombre, el cual solicita corrección de días generados por el médico tratante en base a la Ley 1822 de 2017.

Coomeva EPS se permite informarle que se realizó la respectiva validación de la licencia en mención, quedando corregida con fecha de inicio 09/03/2017 hasta el 12/07/2017 según información enviada.

Dando cumplimiento en lo establecido en la ley.

Ley 1822 de 2017 (enero 04), artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

*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.
(...)*

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

a) Licencia de maternidad preparto, Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con

dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

Para reclamar la transcripción de la licencia de maternidad debe remitirse a la sala SIP más cercana a partir del 20/07/2017.

Cooameva EPS se permite informarle que se realizó la respectiva validación de la licencia en mención en la cual se generó inicialmente nota crédito por valor de \$1.103.736 por los días faltantes en liquidación, la cual se encuentra en estado pendiente de pago, lo que indica que debe comunicarse con el área de cartera y cobranza para el pago de la nota de crédito en mención.

*(...).*²

Ahora bien, de conformidad con los hechos probados y específicamente con la respuesta de Coomeva EPS previamente citada, la Sala estudiará si Coomeva EPS vulneró los derechos fundamentales de la actora y del menor Daniel Matías Parra Bolaños, con la liquidación de la licencia de maternidad realizada y pagada por esta entidad.

Atendiendo a que en el presente caso se tiene que lo pretendido por la demandante no es el reconocimiento de la licencia de maternidad, si no la debida liquidación de la misma, la Sala procederá estudiar en primer término si, siendo que la demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, la tutela es procedente.

En atención a que la acción de tutela fue interpuesta por la señora Bolaños Jiménez dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo y que la actora no cuenta con ningún ingreso, es fundamental atender la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital no solamente de la madre sino del menor, en razón a su condición de sujetos de especial protección.

Por un lado, se encuentra que la Constitución Política consagró especial protección para las mujeres durante el embarazo y después del parto, así:

“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.*

² Folio 17 del expediente de tutela.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

La Corte Constitucional al respecto explicó que:

“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.”

Como consecuencia de la anterior protección especial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³ ha señalado que la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es el medio idóneo para reclamar el pago siempre y cuando cumpla 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.”

La licencia de maternidad está regulada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 que estipula:

“Artículo 1°. 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.

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 tomarán en cuenta el salario

³ Ver la sentencia T-503 de 2017

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.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de 1 fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) semanas más.

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

- a) Licencia de maternidad preparto, Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.
- b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1º. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Parágrafo 2º El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera. El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor. La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. 2 Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Parágrafo 3º. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinarla multiplicidad en el embarazo. El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla". (Negrita fuera de texto)

En el caso de las **trabajadoras independientes** se tiene que el Decreto 780 de 2016 en el artículo 2.1.13.2 contempló:

“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.” (Negrita fuera de texto).

En el presente caso evidencia la Sala que la trabajadora es independiente y cotizó de forma legal durante el año anterior a percibir la licencia de maternidad razón por la que al liquidar el valor de la licencia de Coomeva EPS debió promediar los valores cotizados por la demandante por concepto de los dos contratos.

En ese orden de ideas, la Sala advierte que no le asiste razón al impugnante pues contrario a lo que manifestó es evidente que la demandante cumplió con el deber que cotizar sobre el 40% de lo percibido en los dos contratos, razón por la que al momento de liquidar la licencia de maternidad se tenía que promediar el valor cotizado sobre los dos contratos para reconocer en debida forma la licencia de maternidad a la señora Bolaños Jiménez.

En virtud de lo anterior se evidencia que Coomeva EPS vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Bolaños Jiménez y su menor hijo, al no liquidar en debida forma la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

En este caso, se tiene que Coomeva EPS debe promediar los valores cotizados sobre los dos contratos durante los 12 meses anteriores a percibir la licencia para calcular el valor total de los 126 días (18 semanas) reconocidos como licencia de maternidad a la señora Bolaños Jiménez.

Según los soportes que obran en el expediente a la fecha a la señora Bolaños Jiménez le hicieron dos (2) pagos por concepto licencia de maternidad con los valores relacionados a continuación:

PAGOS	
Primer Pago	3.863.394
Segundo	

pago	1.103.736
Total Pagado	4.967.130

En efecto la Sala constató que debido a que el monto al que tiene derecho la actora por concepto de licencia de maternidad es mayor al reconocido a la fecha, toda vez que Coomeva EPS no ha tenido en cuenta el valor cotizado por los dos contratos, tiene el deber de promediar dichos valores y reconocer y pagar de forma inmediata a la demandante la diferencia.

Por último, se aclara que no es procedente autorizar el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencia de maternidad ante el FOSYGA, como lo solicita la entidad demandada en el escrito de impugnación, debido a que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho que debió ser cubierto por parte de la EPS demandada, al recibir las cotizaciones necesarias para ello.

Por lo anterior, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia impugnada para que Coomeva EPS proceda a efectuar el pago total de la correspondiente licencia de maternidad de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y confirmará en lo demás la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Modificar el numeral segundo de la sentencia del 6 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que, quedará así:

“SEGUNDO: ORDENAR a COOMEVA EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe el pago del valor que a la fecha debe a la señora Bolaños Jiménez por concepto de licencia de maternidad que deberá ser calculada teniendo en cuenta el promedio de los dos contratos por los que cotizó de forma independiente la demandante, de conformidad a lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia.”

2. **Confirmar** en lo demás la sentencia impugnada.
3. **Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
4. **Notificar** a las partes por el medio más expedito posible.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ