El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicación No.: 66001310500420220023001

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Karol Viviana Restrepo Salgado

Accionado: Coomeva EPS S.A y Nueva EPS S.A

Vinculada: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / LICENCIA DE MATERNIDAD / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / LA MADRE Y EL HIJO, SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN / EPS LIQUIDADA / DEBE ASUMIR LA OBLIGACIÓN LA NUEVA EPS.**

Le corresponde a esta Sala determinar de acuerdo a las situaciones fácticas expuestas, a qué entidad promotora de salud le asiste la obligación de pagar en favor de la señora Karol Viviana Restrepo Salgado la licencia de maternidad…

De acuerdo al sistema normativo colombiano, para hacer efectivas pretensiones de carácter económico, en este caso -para obtener el pago de la licencia de maternidad adeudada- el medio idóneo y eficaz, es la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria…

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela estando de por medio este tipo de pretensiones, cuando al analizar el caso individual de cada sujeto se hace imperativo la protección de los derechos fundamentales de manera inmediata y los medios de protección ordinarios no brindan un oportuno amparo al derecho vulnerado. (…)

Frente a la procedencia excepcional de la acción constitucional para exigir el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, la Alta Corporación en sentencia T-278 de 2018 estableció:

“En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales…”

… conforme a los dos aspectos que se deben tener en cuenta según la Corte para que proceda el amparo de tutela en defensa del reconocimiento y pago de una prestación económica como la licencia de maternidad, se vislumbra que la tutelante cumple con los mismos toda vez que acudió a la jurisdicción constitucional dentro del primer año de nacimiento de su hijo … y, conforme a lo narrado en el escrito de tutela, se evidencia que la señora Karol Viviana y su hijo menor, no poseen otra fuente de ingreso que les permita sopesar los gastos mínimos de subsistencia…

… someter a la actora a que haga valer el pago de su licencia de maternidad en el proceso liquidatorio de COMEVA EPS resulta desproporcionado y muy demorado, por cuanto ella y su hijo recién nacido son sujetos de especial protección constitucional…

Por esa razón la Sala avala la decisión de primera instancia en el sentido de ordenarle a la NUEVA EPS que asuma el pago de esa licencia, pues ello es posible bajo una interpretación extensiva y proteccionista del artículo 2 del Decreto 1424 de 2019…

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, seis (6) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 25 de julio de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la **acción de tutela** impetrada por la señora **Karol Viviana Restrepo Salgado,** por intermedio de apoderada judicial, en contra de **Coomeva EPS S.A.** y la **Nueva EPS S.A.** a través de la cual pretende que se amparen sus derechos fundamentales al **mínimo vital**, **vida digna** y **seguridad social**, trámite al que fue vinculado **Felipe Negret Mosquera** como agente liquidador de Coomeva EPS S.A y a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.** Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

#### La demanda de tutela

La apoderada de la señora **Karol Viviana Restrepo Salgado** solicita que se tutelen sus derechos constitucionales al mínimo vital, vida digna y seguridad social y, en consecuencia, se ordene a quien corresponda entre Coomeva EPS y/o Nueva EPS, reconocer y pagar en su favor la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021[[1]](#footnote-1), emitida desde el 03 de octubre de 2021 hasta el 05 de febrero de 2022.

Para fundar dichas pretensiones, manifiesta la accionante que se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Coomeva EPS y que, en el transcurso de dicha afiliación, dio a luz a su hijo Mauricio Gómez Restrepo el 03 de octubre de 2021, otorgándosele en consecuencia, una Licencia de Maternidad con vigencia de 126 días, esto es, desde el 03 de octubre de 2021 al 05 de febrero de 2022.

Así las cosas, indica que tramitó licencia de maternidad ante Coomeva EPS el 19 de octubre de 2021, sin embargo, a la fecha de presentación de la acción de tutela dicha EPS no ha realizado el pago de la prestación económica adeudada por tal concepto.

Finalmente agrega que, como resultado de la negativa al pago de la licencia reconocida, se ha encontrado gravemente afectada por cuanto aquel beneficio económico le garantiza los recursos mínimos para su sustento y el de su hijo recién nacido.

#### Contestación de la demanda

**Coomeva EPS S.A en liquidación y su agente liquidador** se pronunciaron por intermedio de Apoderada Judicial informando que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante RESOLUCIÓN No. 20223200000001896 del 25 de enero de 2022[[2]](#footnote-2), ordenó la liquidación de Coomeva EPS como consecuencia de la toma de posesión de dicha entidad por el término de dos (2) años y, por consiguiente, toda la población afiliada a la entidad fue trasladada a otras EPS, a partir del 01 de febrero de 2022; en la mencionada resolución, literal K, se determinó que los derechos causados hasta la fecha de la intervención serían reconocidos y pagados conforme a las reglas que rigen el proceso de liquidación en curso, es decir que, los pagos pendientes al 25 de enero de 2022 quedaron suspendidos y en tal virtud, las personas acreedoras se deberán sumar al trámite preferente para reclamarlos (proceso liquidatario).

Así pues, en cumplimiento del proceso liquidatorio y por intermedio de quien fue designado para tal fin, Coomeva EPS publicó avisos emplazatorios los días 1 y 11 de enero de 2022, a través de los cuales invitó a todas las personas que se considerasen con derecho a formular reclamación alguna ante la entidad, para que se hicieran parte del proceso; después de consultar en el área competente la información relacionada con la acreencia cuestionada, se evidenció que no existe reclamación presentada por la actora ante el proceso concursal, sin embargo, Coomeva EPS procedió a poner sobre aviso a la señora Restrepo Salgado frente las normas que gobiernan dicho trámite mediante oficio del 13 de julio de 2022[[3]](#footnote-3), a fin de que presentara la reclamación pertinente.

Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, la accionante tendrá que hacerse parte del proceso concursal a fin de garantizar que la EPS se pronuncie de fondo sobre la petición deprecada, pues la acción de tutela resulta improcedente para ordenar el pago de una obligación de carácter económico como la licencia de maternidad adeudada. El amparo de tutela está constituido para dirimir controversias de orden constitucional y, por tanto, resultan ajenas las discusiones de índole económico.

 Por su parte, la **Nueva E.P.S** manifestó, que las incapacidades causadas en favor de la señora Restrepo Salgado son responsabilidad exclusiva de Coomeva EPS, por cuanto al momento del inicio de las mismas la usuaria se encontraba afiliada a dicha entidad y los servicios de salud eran a cargo de ésta; por lo tanto, concluye que es deber de Coomeva EPS, así se encuentre en proceso de liquidación, reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas causadas antes de la efectividad de la asignación, dado que esa entidad es quien tenía la afiliación y el registro de la señora Karol Viviana en la Base de Datos Única de Afiliados del Ministerio de Salud y Protección Social y, en consecuencia, es a quien le corresponde el proceso de reconocimiento de los valores pagados a sus usuarios por licencias y/o incapacidades le será autorizado.

Igualmente, alegan la inexistencia del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en razón a que la accionante evidentemente posee otros recursos como medios de defensa judicial que resultan ser idóneos y eficaces a la hora de reclamar la protección de aquellos derechos con fines económicos, tal como el aludido en precedencia.

 Por último, **la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** determinó que la accionante se encontró afiliada al régimen contributivo en salud por parte de Coomeva EPS desde el 10 de octubre del 2000 hasta el 31 de enero de 2022 y, consecuentemente, en el transcurso de su proceso de gestación estuvo ejecutando aportes a tal entidad, por lo que será ésta última a la que le corresponderá el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad adeudada.

Resalta que el reconocimiento y pago de prestaciones económicas tales como las licencias de maternidad no están dentro de la esfera de competencias de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que la vulneración a los derechos fundamentales de la señora Karol Viviana no se produciría por una acción u omisión atribuible a la ADRES, situación que solidifica una clara falta de legitimación de causa por pasiva. La obligación de la ADRES respecto al pago de licencias inicia una vez las EPS o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentan las mismas para su reconocimiento y pago, y en el caso concreto dicha situación no ha ocurrido aún, pues precisamente es la negativa al pago de la licencia de maternidad a la accionante por parte de la EPS lo que origina la presentación de la acción de tutela.

#### Providencia impugnada

La jueza de primer grado declaró procedente el amparo solicitado por la señora Karol Viviana Restrepo Salgado, ordenando a la NUEVA EPS que efectúe el pago de la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021.

Para llegar a tal conclusión, la A-quo se fundamentó en que, siendo la madre del hijo recién nacido y éste último, sujetos de especial protección constitucional, se encuentran amparados bajo una serie de garantías jurídicas que les permiten llevar una vida en condiciones dignas y de igualdad, por lo menos hasta tanto la madre se pueda recuperar después de dar a luz, período en el cual ésta no puede laborar y por consiguiente, no percibe salario o remuneración alguna. Agregó que la licencia de maternidad, tiene su base en el derecho fundamental al mínimo vital en consonancia con el derecho a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna.

En ese sentido, la operadora jurídica precisó que la tutelante y su hijo recién nacido se encontraban en una situación de debilidad manifiesta y, en consecuencia, era irrestricto ordenar la intervención activa por parte del Estado a fin de que los sujetos procesales pudiesen superar dicha condición de desigualdad. En tal virtud, ordenó el pago de la licencia, exhortando a la NUEVA EPS para que, posterior al reconocimiento y pago de la licencia, pueda a su vez recobrar ante el agente liquidador de Coomeva EPS el monto desembolsado por aquel concepto, todo ello en atención al principio de solidaridad que debe existir entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Cabe resaltar, que el pago de la licencia de maternidad reclamada está en cabeza de Coomeva EPS, ya que, a la fecha en que nace la obligación, la señora Karol Viviana Restrepo Salgado se encontraba afiliada a tal entidad y, por lo tanto, será esta la encargada de sufragar los costos de la prestación económica, empero, dicha EPS no podrá cumplir con la obligación en el corto plazo, en razón al proceso de liquidación en que se encuentra inmersa; así pues, la obligación de cubrir los costos de la prestación económica en favor de la tutelante será a cargo de la Nueva EPS, entidad a la que a la fecha se encuentra vinculada, y ésta deberá repetir contra Coomeva EPS. De esa manera, se asegura la protección de los derechos fundamentales de la actora y su hijo recién nacido que, según el despacho, han sido vulnerados a raíz de la tardanza en el pago de la licencia de maternidad reclamada.

#### Impugnación

El apoderado de la NUEVA EPS S.A en su escrito de impugnación aseguró que, una vez revisado el sistema de información interno de la EPS, se evidenció que para el periodo de inicio de la licencia de maternidad, la señora Restrepo Salgado se encontraba activa en la entidad Coomeva EPS; es claro que la accionante viene de una cesión de Coomeva EPS con vigencia del 01 de febrero del año en curso y, por lo tanto, solo en dicha calenda se generó la efectividad del traslado, y las prestaciones económicas alegadas en la presente acción fueron compensadas en la EPS anterior, por lo cual, le asiste a la EPS Coomeva el pago de la licencia de maternidad solicitada, ya que la continuidad que se genera en la NUEVA EPS es en relación con la prestación del servicio de salud y no del pago de beneficios económicos. Es menester que COOMEVA EPS que se encuentra en proceso de liquidación, responda por el pago de las prestaciones asistenciales reclamadas hasta el momento efectivo del traslado.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

Le corresponde a esta Sala determinar de acuerdo a las situaciones fácticas expuestas, a qué entidad promotora de salud le asiste la obligación de pagar en favor de la señora Karol Viviana Restrepo Salgado la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021.

 Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a reiterar la doctrina constitucional sobre: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas; (ii) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad; (iii) Pago recibido por incapacidades como sustituto de salario y, (iv) finalmente, se resolverá el caso concreto.

* 1. **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas.**

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, a fin de determinar la procedencia de la Acción Constitucional de Tutela, se deben atender los siguientes elementos: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

* + 1. **Legitimación por activa.**

El artículo 10° del Decreto-Ley 2591 de 1991, predica lo siguiente:

“*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales,**quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales*”

Para la Sala, la presente acción constitucional cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa porque es la señora Karol Viviana Restrepo Salgado, ejerció la solicitud de tutela como presunta afectada en sus derechos fundamentales.

* + 1. **Legitimación por pasiva.**

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades y también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En efecto, la acción de tutela se dirige en contra de Coomeva EPS y Nueva E.P.S, entidades encargadas de la prestación de un servicio público, como lo es la salud, e igualmente, administran recursos destinados a la seguridad social, por tanto, están legitimadas en la causa por pasiva.

Adicionalmente, a las entidades accionadas se les atribuye las conductas que presuntamente se encuentran afectando los derechos fundamentales frente a los cuales se reclama protección.

* + 1. **Inmediatez.**

Garantizar la protección inmediata y oportuna de los derechos fundamentales, es la finalidad de la acción constitucional de tutela, y en consecuencia la parte actora debe solicitar la protección de los derechos que considere vulnerados dentro de un término razonable, es decir, debe existir una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

Para verificar el efectivo cumplimiento del principio de inmediatez, el operador jurídico tendrá la obligación de constatar si el tiempo que transcurrió entre la supuesta violación del derecho fundamental invocado y la interposición del amparo constitucional fue razonable.

Ahora bien, la Corte ha reiterado[[4]](#footnote-4) que el principio de inmediatez no es estricto, cuando la posible afectación se cause de manera continua, o bien sea, porque la cuestión en estudio que presuntamente pone en riesgo el derecho fundamental del actor se esté presentando actualmente.

En el caso concreto, la licencia de maternidad que se reclama fue expedida el 19 de octubre de 2021, con vigencia desde el 03 de octubre del mismo año hasta el 05 de febrero del 2022[[5]](#footnote-5), lapso de tiempo en el que la parte actora aseguró haber elevado ante la entidad promotora de salud diferentes solicitudes de pago (sin que de ello obre prueba en el expediente, pero tampoco fue refutado por la EPS Coomeva), contando siempre con una negativa a sus peticiones, lo que la incentivó a interponer acción de tutela el 12 de julio del presente año[[6]](#footnote-6), según consta en el acta de reparto. Quiere decir lo anterior que se ha cumplido con un plazo razonable para la interposición de la acción constitucional, sin dejar de lado que la afectación a los derechos fundamentales invocados persiste actualmente, pues no se ha suministrado el pago de la acreencia adeudada.

* + 1. **Subsidiariedad.**

De acuerdo al sistema normativo colombiano, para hacer efectivas pretensiones de carácter económico, en este caso -para obtener el pago de la licencia de maternidad adeudada- el medio idóneo y eficaz, es la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria o, en su defecto, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de la función jurisdiccional que sobre aquella entidad reposa.

En ese sentido, el medio de defensa judicial resulta ser **idóneo** cuando sea materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados, es decir, la idoneidad se verifica si efectivamente éste produce el efecto esperado y, **eficaz**, cuando el medio de defensa está diseñado de forma tal que brinda oportunamente una protección al derecho amenazado.[[7]](#footnote-7)

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela estando de por medio este tipo de pretensiones, cuando al analizar el caso individual de cada sujeto se hace imperativo la protección de los derechos fundamentales de manera inmediata y los medios de protección ordinarios no brindan un oportuno amparo al derecho vulnerado.

Ahora, frente al pago de incapacidades o licencias la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 194 de 2021[[8]](#footnote-8), reza:

*“Con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.”*

Adicional a ello, es preciso mencionar que la acción de tutela fue constituida como un mecanismo especial y transitorio de protección que propende por la salvaguarda ágil y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales y, de tal raciocinio, en principio se concluye que no está llamada a prosperar cuando las pretensiones formuladas van en pro de lograr un reconocimiento económico. Sin embargo, el operador jurídico podrá desligarse de la regla general y apelar a la excepción cuando observe que se está frente a la posible vulneración de una prerrogativa fundamental y, además, se demuestren condiciones como:

*“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.[[9]](#footnote-9)”*

Frente a la procedencia excepcional de la acción constitucional para exigir el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, la Alta Corporación en sentencia T-278 de 2018[[10]](#footnote-10) estableció:

*“En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia.*

*Así, la Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia.*

*De esta forma, 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 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.”*

De acuerdo al planteamiento anterior y, conforme a los dos aspectos que se deben tener en cuenta según la Corte para que proceda el amparo de tutela en defensa del reconocimiento y pago de una prestación económica como la licencia de maternidad, se vislumbra que la tutelante cumple con los mismos toda vez que acudió a la jurisdicción constitucional dentro del primer año de nacimiento de su hijo según se puede constatar en el registro civil de nacimiento allegado al proceso – 03 de octubre de 2021[[11]](#footnote-11) – y, conforme a lo narrado en el escrito de tutela, se evidencia que la señora Karol Viviana y su hijo menor, no poseen otra fuente de ingreso que les permita sopesar los gastos mínimos de subsistencia, contando con el auxilio de licencia como la única fuente de ingresos, con lo que se presume una grave afectación al mínimo vital, como quiera que en el transcurso del periodo de licencia ésta debe guardar reposo y procurar por su recuperación física y mental, sin tener posibilidad de laborar y obtener recursos de otra manera, situación que sin lugar a dudas transgrede su derecho a la vida digna.

Finalmente, teniendo en cuenta que los hechos que alega la actora persisten y, es el mecanismo constitucional de tutela el instrumento para derrumbar las barreras administrativas que impidan el disfrute normal de los derechos fundamentales, esta Sala encuentra cumplido el principio de subsidiariedad.

Superados los requisitos generales de procedencia de la acción, se pasará a exponer de manera breve los temas que servirán para la resolución del caso concreto.

* 1. **Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad**

En el marco normativo colombiano, el artículo 48 superior ha instituido la Seguridad Social como un servicio público de obligatorio cumplimiento que se prestará bajo la dirección y coordinación del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, siendo el reconocimiento y pago de incapacidades médicas una de las garantías básicas del sistema, cuyo último propósito será el de garantizar los fines esenciales del Estado, protegiendo entre otras cosas, los derechos fundamentales del conglomerado social.

Tratándose de la licencia de maternidad, éste es un derecho que poseen todas las madres que se encuentran en estado de gestación, teniendo en cuenta que aquellas entrarán en un periodo de tiempo en el que no tendrán la posibilidad de laborar y, por lo tanto el Estado, abocando al sentido proteccionista de sus raíces constitucionales y supraconstitucionales, les garantizará una compensación económica que les permita solventar los gastos en los que deban incurrir durante dicho lapso, tanto la madre como el hijo recién nacido.

Así pues, las mujeres que se encuentren en estado de gravidez contarán con especial protección otorgada por la constitución y por diferentes mecanismos internacionales que respaldan los derechos humanos. En esos términos, la sentencia T-503 de 2016[[12]](#footnote-12) dispone:

*“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.”*

En consecuencia, la creación de diferentes dispositivos de amparo hacia las mujeres en su contexto familiar, como lo es el descanso remunerado que se le otorga en la etapa posterior al parto, va de la mano con la realización de los principios de solidaridad, igualdad y con el escalonamiento constitucional de la institución familia como núcleo esencial de la sociedad, al igual que predica la salvaguarda de los derechos fundamentales de la madre y del hijo recién nacido a una vida digna, al mínimo vital y al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, la sentencia T-603 de 2006[[13]](#footnote-13) predica:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado en repetidas oportunidades que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad para las madres que acaban de dar a luz y que reúnen los requisitos para acceder a ella, involucra la garantía de varios derechos de carácter fundamental, en tanto la licencia tiene la función de garantizar (1) la igualdad efectiva de los sexos, (2) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las mujeres, (3) el derecho al mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido, (4) el derecho de los niños a recibir cuidado y protección especial por parte del Estado, la sociedad y la familia - dado que la licencia busca que la madre pueda permanecer un tiempo considerable al lado de su hijo recién nacido para brindarle los cuidados especiales que requiere durante sus primeros días de vida…”*

De lo anterior se desprende que, en lo pertinente, el amparo concedido a las mujeres en condición de embarazo tendrá un doble propósito y será integral; doble por cuanto se despliega respecto de la madre y, consecuentemente, respecto del padre cabeza de hogar y el hijo recién nacido, además de la integralidad, que tiende a propiciar el espacio adecuado para establecer los lasos familiares en condiciones de calidad y dignidad.[[14]](#footnote-14)

Ahora bien, siendo entonces que son los diferentes actores de la institución familiar sujetos de especial protección constitucional, tal como se evidencia en el planteamiento anterior, es menester reiterar la afectación que poseen los derechos fundamentales a la vida diga y dignidad humana de éstos cuando se configura la falta oportuna de pago de la licencia de maternidad concedida; es allí donde debe intervenir el juez constitucional y, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para su causación, debe proceder a su efectivo reconocimiento.

Por su parte, en cuanto a los instrumentos internacionales de protección, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante los Convenios 3 de 1919, 103 de 1952 y 183 de 2000 ha estipulado medidas de protección para las trabajadoras embarazadas y las que acaban de dar a luz. Los mencionados convenios buscan la prevención de la exposición a riesgos de seguridad y salud durante el embarazo y después del mismo. Asimismo, se ocupan del derecho a una licencia de maternidad, el acceso a servicios de salud materna e infantil y a interrupciones para la lactancia remuneradas, de la protección contra la discriminación y el despido en relación con la maternidad.[[15]](#footnote-15)

Los principales objetivos y/o preocupaciones de la OIT, plasmados a lo largo de sus intervenciones en el ámbito internacional con base en la protección de la maternidad, han sido dirigidos en pro de cuatro funciones básicas; *i) preservar la salud de la madre y del recién nacido; ii) habilitar a la mujer para que pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo; iii) prevenir el trato desigual en el trabajo debido a su rol reproductivo y; iv) promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres.[[16]](#footnote-16)*

* 1. **Pago recibido por incapacidades como sustituto de salario**

El Sistema General de Seguridad Social en Salud lleva intrínseca la protección (incapacidades laborales) a la que tienen derecho todas las personas que hacen parte del sistema cuando encuentran su capacidad laboral reducida, en razón a diferentes circunstancias sobrevinientes, lo que de cierta manera les impide ejecutar con normalidad las actividades que de una u otra forma, les genera los ingresos necesarios para su básica o congrua subsistencia, dependiendo del caso.

El reconocimiento y pago de las incapacidades médico-laborales garantizan efectiva atención y cuidado en los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y salud del afectado, de forma tal que éste pueda percibir un sustento económico hasta tanto recupere su capacidad física y/o psicológica.

La jurisprudencia constitucional en sentencia T-224 de 2021 con José Fernando Reyes Cuartas como ponente, fijó una serie de reglas en la materia:

*“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*

*ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y*

*iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.*

En consecuencia, ante la falta de reconocimiento de las incapacidades se presume la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y la vida digna del trabajador.

* 1. **Caso Concreto.**

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que la Acción Constitucional de Tutela procede para reclamar el pago de prestaciones económicas como la licencia de maternidad, en la medida en que su reconocimiento represente el único ingreso que permita solventar las necesidades básicas de subsistencia al interior del núcleo familiar.[[17]](#footnote-17)

No obstante, de acuerdo con el sistema normativo Colombiano y, tal como se evidenció en la parte considerativa de esta providencia, el medio idóneo para reclamar pretensiones de índole económico -específicamente el pago de la licencia de maternidad adeudada- es la jurisdicción ordinaria; empero, la procedencia de la acción de tutela frente a estos asuntos ha sido admitida por la Corte Constitucional como resultado del análisis concreto de cada caso particular, el cual debe atender a dos aspectos relevantes, así: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento del menor y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación al mínimo vital de la madre y su hijo.

 En este sentido y, en consonancia con los hechos de este caso, (i) la accionante dio a luz a su hijo Mauricio Gómez Restrepo el 03 de octubre de 2021 y la acción de tutela fue interpuesta el 12 de julio de 2022, superando así el primer requisito, dado que entre los dos eventos transcurrieron poco más de nueve meses, encontrándose la señora Restrepo Salgado dentro del término establecido por la Corte; y (ii) a raíz del nacimiento su hijo, fue expedida a su favor licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021, cuya efectividad se predica desde el mismo 03 de octubre y hasta por 126 días, teniendo como fin el 05 de febrero del año en curso; con todo, a la fecha de presentación del amparo no se ha ejecutado el pago de aquella prestación económica, lo que le permite a la Sala presumir la afectación al mínimo vital de quien solicita el amparo, pues su reconocimiento se torna indispensable para su sostenimiento en condiciones dignas.

Por su parte, la Nueva EPS manifiesta que ha garantizado a la tutelante la continuidad del servicio de salud y que dicha continuidad no va más allá de la efectiva disposición del servicio, siendo que las acreencias de orden monetario no hacen parte de ello, pues el pago de la licencia de maternidad, será a cargo de la EPS liquidada, porque ese derecho se constituyó antes de la fecha de traslado del afiliado; asimismo alega que, aunque tuviesen la disposición de ejecutar el pago de la prestación que se reclama, el proceso de recobro ante la ADRES solo será autorizado en favor de Coomeva EPS y, por consiguiente, no tendrían forma de compensar la suma de dinero desembolsada.

En cuanto al proceso de liquidación y el reconocimiento de acreencias al interior del proceso concursal, la Superintendencia Nacional de Salud en Concepto Jurídico 202111600220911 de 2021 desentrañó:

*“Las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago. (…) por esa razón, es legítimo que el legislador establezca regulaciones en el sector salud que incluso limiten la manera en la cual se dispone el flujo de recursos en procesos de liquidación de entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud intervenidas. Una de esas medidas es precisamente la determinación de un orden específico de prelación de créditos”.*

Por otra parte, el decreto 1424 de 2019establece las condiciones de asignación de afiliados, en el caso por ejemplo de liquidación de una EPS, para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud - EPS del Régimen Contributivo o Subsidiado, en cuyo numeral 9° del artículo 2.1.11.5 *“Obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud objeto de las medidas previstas en el artículo 2.1.11.1”* ordena que el liquidador de la EPS objeto de tal medida deberá reconocer y pagar a los afiliados asignados las prestaciones económicas causadas antes de la efectividad de la asignación.

Revisado el acervo probatorio, se observa que la señora Karol Viviana Restrepo Salgado realizó seguimiento al pago de la licencia de maternidad adeudada ante Coomeva EPS durante el tiempo en que aquella entidad se encontraba en funcionamiento, empero, esta entidad promotora de salud entró en proceso de liquidación bajo la resolución No. 202232000000189 -6 de 2022 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que la tutelante fue trasladada a la Nueva EPS, a partir del 01 de febrero de 2022.

Bajo ese contexto fáctico, efectivamente, según las normas que reglamentan el proceso de liquidación, recae sobre Coomeva EPS la obligación de pagar la licencia de maternidad que se le adeuda a la tutelante, por cuanto en el momento en que fue expedida tal prerrogativa, la señora Restrepo Salgado se encontraba como afiliada activa a la entidad liquidada.

Sin embargo, a pesar de que Coomeva EPS es la encargada del pago de la licencia de maternidad reclamada, también lo es que el proceso liquidatorio se convierte en una traba administrativa que debe afrontar la accionante para lograr el goce efectivo de su licencia de maternidad, por las demoras que ello supone, lo que agrava la vulneración de los derechos fundamentales de la actora y su hijo recién nacido, situación que no tiene porqué soportar porque ella fue completamente ajena a las causas de la liquidación de la EPS CCOMEVA.

 Respecto de estas trabas, la Corte Constitucional ha considerado que no es idóneo ni eficaz remitir a las personas a diligencias administrativas cuando se requiera la protección urgente de derechos fundamentales preservados constitucionalmente, y por ello no puede negarse el amparo bajo el argumento de la falta y/o existencia de un trámite administrativo.

*“(…) la Corte ha indicado que resulta desproporcionado solicitar a los accionantes que den inicio al respectivo trámite ante la entidad administrativa, aun cuando esta hubiera sido la acción legal adecuada, por ejemplo, cuando: i) exista riesgo para la vida, la salud o la integridad física; ii) el peticionario se halle en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sea un sujeto de especial protección constitucional; iii) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional; o iv) se trate de una persona que esté en imposibilidad de acceder a una de las sedes físicas de la entidad o de adelantar el procedimiento a través de la internet” .* (Sentencia T – 236 de 2020).

En el presente caso, someter a la actora a que haga valer el pago de su licencia de maternidad en el proceso liquidatorio de COMEVA EPS resulta **desproporcionado y muy demorado, por cuanto ella y su hijo recién nacido son sujetos de especial protección constitucional,** conforme a la jurisprudencia constitucional y las Convenciones de la OIT vistas líneas atrás.

Por esa razón la Sala avala la decisión de primera instancia en el sentido de ordenarle a la NUEVA EPS que asuma el pago de esa licencia, pues ello es posible bajo una interpretación extensiva y proteccionista del artículo 2 del Decreto 1424 de 2019, que a la letra reza:

**ARTÍCULO****2**. Modifíquese el artículo [2.1.7.11](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77813#2.1.7.11) el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 2.1.7.11 Prestaciones por efecto de la movilidad.** Los cotizantes, los cabeza de familia y sus respectivos núcleos familiares, por efectos de la movilidad, tendrán derecho a la prestación continua de los servicios de salud establecidos en el plan de beneficios.

**El afiliado que hubiere realizado la movilidad al Régimen Contributivo, como cotizante tendrá derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencias de maternidad** y paternidad y las derivadas de las incapacidades por enfermedad general, conforme a la normativa vigente. (…). (Negrillas fura de texto)

Para la devolución de esos dineros en favor de la NUEVA EPS, en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia (no en la resolutiva) la jueza de instancia dijo que la NUEVA EPS podía recobrar ante el agente liquidador de Coomeva EPS, en atención a la solidaridad que debe existir entre los actores del sistema general de seguridad social, argumento que la EPS cuestionó alegando que el proceso de recobro ante la ADRES solo será autorizado en favor de Coomeva EPS porque la actora aparece registrada en su base datos, por lo que no tendrían forma de compensar la suma de dinero desembolsada.

Para superar este escollo y en vista de que en el expediente no existía prueba respecto a si la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, realizó el proceso de compensación con la EPS COOMEVA con respecto a la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021, emitida desde el 03 de octubre de 2021 hasta el 05 de febrero de 2022 en favor de la Sra. **Karol Viviana Restrepo Salgado,** el Despacho de la Magistrada Sustanciadora decretó una prueba de oficio[[18]](#footnote-18) para determinar tal cosa y además le solicitó a la ADRES que suministre información referente al trámite administrativo que se debe seguir en los casos en que las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud con reconocimiento de licencia de maternidad, otorgada antes de la orden de liquidación de la EPS, fueron trasladadas a otra EPS sin que se le haya pagado la respectiva licencia de maternidad.

En su oportunidad la ADRES presentó el informe solicitado[[19]](#footnote-19) del que se desprende principalmente que la compensación de la licencia de maternidad sólo se hace una vez que la EPS paga efectivamente ese emolumento a la madre, situación de la que se infiere que en el presente caso tal compensación no se hizo, por una parte, porque la ADRES no comunicó tal cosa a pesar de que se le pidió, y por otra, porque precisamente el objeto de este amparo es el pago de esa licencia de maternidad alegando que COOMEVA EPS jamás lo hizo.

En vista del contexto fáctico anterior, se adicionará la tutela de primera instancia en el sentido de autorizar a la NUEVA EPS para que solicite directamente ante la ADRES la compensación de la licencia de maternidad, bajo los parámetros normativos propios que ello supone, y, a su vez, se le ordenará a dicha entidad -la ADRES- que proceda a la respectiva compensación, atendiendo las particularidades de este caso, esto es, que a pesar de que la licencia de maternidad la expidió en su momento COOMEVA EPS, dicho pago le corresponde hacerlo a la NUEVA EPS en cumplimiento de esta sentencia de tutela, toda vez que por cuenta de la liquidación de la COOMEVA EPS la actora fue transferida a la NUEVA EPS. En lo demás se confirmará el fallo de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el siguiente sentido:

1. **AUTORIZAR** a la NUEVA EPS para que, una vez pague la licencia de maternidad a la actora, solicite directamente ante la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** la compensación de la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021, emitida desde el 03 de octubre de 2021 hasta el 05 de febrero de 2022 en favor de la Sra. **Karol Viviana Restrepo Salgado**, identificada con la C.C 1.088.557.388, bajo los parámetros normativos propios que ello supone.
2. **ORDENAR** a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, a través de su Director **Jorge Gutiérrez Sampedro,** o quien haga sus veces, que proceda a la compensación en favor de la NUEVA EPS de la licencia de maternidad No. 13152909 del 19 de octubre de 2021, emitida desde el 03 de octubre de 2021 hasta el 05 de febrero de 2022 en favor de la Sra. **Karol Viviana Restrepo Salgado**, identificada con la C.C 1.088.557.388, atendiendo las particularidades de este caso, esto es, que a pesar de que la licencia de maternidad la expidió en su momento COOMEVA EPS, dicho pago le corresponde hacerlo a la NUEVA EPS en cumplimiento de esta sentencia de tutela, toda vez que por cuenta de la liquidación de COOMEVA EPS la actora fue transferida a la NUEVA EPS.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

**TERCERO: NOTIFICAR** la decisión a las partes por el medio más eficaz.

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

 La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Cuaderno de primera instancia, archivo No. 03 “Pruebas.pdf”. Folios 4 y 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Cuaderno de primera instancia, archivo No. 08 “AnexosContestación.pdf” Folios 10-50. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cuaderno de primera instancia, archivo No. 08 “AnexosContestación.pdf” Folios 01. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-194 de 2021. MS. Antonio José Lizarazo Ocampo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cuaderno de primera instancia, archivo 03 “Pruebas.pdf”. Folio 05. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cuaderno de primera instancia, archivo 01 “ActaReparto.JPG”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-222 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-7)
8. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-712 de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-9)
10. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cuaderno de primera instancia, archivo 03 “Pruebas.pdf”. Folio 02. [↑](#footnote-ref-11)
12. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-12)
13. MP. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia T-543 de 2010. MP. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia T-224 de 2021. MP. José Fernando Reyes Cuartas. [↑](#footnote-ref-15)
16. OIT. “La maternidad y la paternidad en el trabajo, la legislación y la práctica en el mundo – Marco de la OIT y contexto”, 13 de mayo de 2014. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia T-278 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cuaderno de segunda instancia, archivo 03 “PruebadeOficio.pdf”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cuaderno de segunda instancia, archivo 06 “ContestacióndeRequerimiento.pdf”. Folios 2 al 6. [↑](#footnote-ref-19)