

Sentencia T-094/08

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales para reconocimiento por tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Casos en que se reconoce así cotizaciones hayan sido realizadas de manera incompleta

LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se ha presentado interrupción de semanas de cotización/LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se ordena pago proporcional a las semanas cotizadas

Debido a la importancia de los principios constitucionales involucrados, es deber del juez de tutela inaplicar la normas en materia de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, cuando de su observancia se derive el desconocimiento de los derechos fundamentales del menor y su madre. Teniendo en cuenta que en casos como el presente lo justo es establecer la respectiva proporción, la Sala procede de la siguiente forma: De conformidad con lo afirmado por la entidad accionada, el tiempo que la actora cotizó al sistema de seguridad social en salud fue 25 semanas durante el periodo de gestación de 37 semanas, por tanto es lo apropiado que, proporcionalmente, reciba el 67.5 % del valor de la licencia de maternidad. Así, entonces, en atención a las circunstancias analizadas en el caso concreto se ordenará que SALUD TOTAL EPS, le cancele a la peticionaria Conde la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo. En la medida que en el presente fallo se ordena el pago de la licencia de maternidad en proporción al tiempo efectivamente cotizado, la Sala advierte que dicha decisión no genera traumatismos al equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Corte Constitucional ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción. La demandante, manifestó ser madre cabeza de familia, devengar el salario mínimo y no tener otra fuente de ingreso. SALUD TOTAL EPS no desvirtuó lo dicho por la tutelante. Por lo anterior, esta Sala presume que el no pago de la licencia de maternidad a la accionante vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la demandante y de su hijo recién nacido.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se cotizaron 25 semanas y no 37 como exigía EPS

Referencia: expediente T-1736197

Acción de tutela interpuesta por Johanna Cardeth Rivera Conde

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué, Tolima, y por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Johanna Cardeth Rivera Conde en contra de SALUD TOTAL EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

La señora Johanna Cardeth Rivera Conde interpuso acción de tutela contra SALUD TOTAL EPS., con el fin de que se protejan sus derechos constitucionales fundamentales a la protección especial a la mujer cabeza de hogar, a la protección a la familia y al mínimo vital de ella y su hijo recién nacido, los cuales se han visto vulnerados, en razón a que la entidad accionada se niega a pagarle la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Afirma la demandante que la E. P. S. accionada se ha negado a pagar la acreencia laboral solicitada argumentando que “el número de semanas de cotización es inferior al número de semanas de gestación” y esto hace improcedente la cancelación de la prestación económica requerida, según lo establecen el artículo 3° del Decreto 047 de 2000 y el Decreto 783 de

2000.

2. Hechos jurídicamente relevantes.

De conformidad con el escrito de tutela y las pruebas allegadas por la accionante, los hechos que sirven de fundamento a la presente sentencia son los siguientes:

1. La señora Johanna Cardeth Rivera Conde se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo, en calidad de cotizante dependiente¹, a través de la EPS SALUDTOTAL, desde el 18 de octubre de 2006.

1. El veintitrés (23) de mayo de 2007³ SALUD TOTAL EPS dirigió una comunicación a la señora Rivera Conde, justificando su negativa al reconocimiento económico de la licencia, aduciendo que la actora no había cotizado de forma ininterrumpida al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el periodo de gestación⁴.

1. Indica que el 27 de abril de 2007 nació su hijo, y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, mayo 25 de 2007, Saludtotal EPS no le ha cancelado la licencia de maternidad que por ley le corresponde.

1. Finalmente, la demandante arguye que es “madre cabeza de familia, que devenga el salario mínimo y que en la actualidad no tiene ninguna fuente de ingresos que garanticen una vida digna para ella y para su hijo recién nacido”⁵.

II. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

- * Fotocopia del registro civil del menor Sergio Alejandro Rivera Conde6.
- * Fotocopia incapacidad médica por maternidad expedida por el Dr. Ricardo Rodríguez, médico adscrito a la Clínica Tolima S. A7.
- * Fotocopia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por SALUD TOTAL EPS8.
- * Fotocopia del Certificado de Nacido Vivo del menor Sergio Alejandro Rivera Conde9.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

Avocado el conocimiento de la tutela, el juez de instancia ofició a la entidad demandada para que respondiera los cargos que en el escrito de tutela había señalado la actora.

En escrito presentado el día 05 de junio de 2007¹⁰ en el Juzgado 10 Civil Municipal, Claudia Alexandra Hernández Lertzundy en calidad de representante legal de la EPS SALUD TOTAL, sostuvo que la presente acción de tutela se torna improcedente toda vez que no se cumplen con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para su procedencia.

En primer lugar, expresa que: “la señora JOHANA CARDETH RIVERA CONDE tuvo 37 semanas de gestación y SOLO COTIZÓ 25 DE ELLAS, tal y como se prueba con la información arrojada por nuestra base de datos. Es así como se demuestra que es mayor el período de gestación que el tiempo cotizado, por tanto no se cumplen los requisitos legales exigidos para que sea obligación de SALUD TOTAL EPS asumir el costo de la licencia de maternidad solicitada”

Adujo la representante legal de la entidad accionada, que esta Corporación en reiteradas ocasiones¹¹ ha establecido que la procedencia de la acción de tutela frente al reconocimiento de la licencia de maternidad, se encuentra supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos que la Ley ha impuesto, entre ellos, la cotización ininterrumpida del usuario al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el periodo de gestación.

De otra parte, agrega que “las licencias de maternidad son canceladas con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, en tal sentido la normatividad vigente en materia de

seguridad social ha establecido que una vez se realiza la verificación de los requisitos para el reconocimiento de dicha prestación económica, las entidades promotoras de salud deben efectuar el pago con recursos propios y posteriormente proceder a efectuar el recobro de tales sumas al FOSYGA.

De lo anterior y sin mayor expresión de argumentos, es fácil concluir que en el evento en que las entidades promotoras en salud procedieran a reconocer y cancelar licencias de maternidad que no cumplieren con los requisitos establecidos por la Ley, se configuraría una indebida destinación de recursos públicos, respecto de la cual, el funcionario que la ordene deberá asumir las consecuencias en cualquier ámbito de responsabilidad, además que se estarían patrocinando conductas como la elusión o evasión de aportes por parte de los empleadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Por ultimo, SALUD TOTAL EPS solicita al A-quo que niegue el amparo solicitado, pues la conducta de la EPS demandada se encuentra ajustada a derecho y con ella no se han vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

En escrito recibido en la Corte Constitucional el día 11 de diciembre de 2007, el apoderado judicial de SALUD TOTAL EPS solicitó que se confirme el fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, en relación con la tutela que se revisa. Afirma que “el período de cotización de semanas es muy inferior al período de gestación, ya que fueron 37 semanas de gestación por 24 semanas de cotización, razón por la cual esta entidad negó el reconocimiento de la licencia de maternidad, concepto aceptado por el Juez de segunda instancia, quien tuvo a bien, revocar el fallo inicial y NEGAR el amparo solicitado.

Reiteramos que en el caso en cuestión, el cubrimiento de dicha prestación económica, debió dirigirse en contra del EMPLEADOR de la señora JOHANA CARDETH RIVERA CONDE, teniendo en cuenta que NO cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante TODO el embarazo, más no contra SALUD TOTAL EPS, que con su negativa de reconocer la licencia, lo único que ha hecho es aplicar las disposiciones que reglamentan la materia.

Reiteramos también, que sí no se efectúan los pagos correspondientes a las cotizaciones por salud, implica que los aportes no sean compensados en los términos que para el efecto exige a las EPS el Ministerio de Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía, y por ende en el proceso de compensación no nos giren los recursos correspondientes, lo cual no nos

permite cubrir los servicios y prestaciones de los afiliados”.

IV. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Primera Instancia

2. Impugnación

En escrito del veintiuno (21) de junio de 2007, la entidad accionada impugnó el fallo que concedió la solicitud de amparo, y sus argumentos fueron en esencia los mismos que sirvieron de soporte al escrito inicial de tutela.

3. Sentencia de Segunda Instancia

Con ocasión a la interposición oportuna de la impugnación¹², el Juzgado Sexto Civil del Circuito, en Sentencia del veinticinco (25) de julio de 2006, revocó la decisión del A quo. A juicio de este Despacho, “de las circunstancias particulares del caso objeto de revisión, se concluye que existe una grave amenaza al mínimo vital de la accionante y de su menor hijo, derivada del no pago de la licencia de maternidad, sin embargo frente a dicha circunstancia se encuentra el hecho de no cumplirse los requisitos que las normas aplicables al caso exigen para su reconocimiento.

Lo anterior, permite establecer entonces que la negativa de la EPS accionada en reconocer la respectiva prestación, tiene como fundamento la existencia de normas de carácter legal que lo impiden y por consiguiente dicha negación no puede generar la vulneración de los derechos constitucionales reclamados”.

V. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos que han dado lugar a la controversia objeto de la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la negación en el reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte de la EPS SALUD TOTAL, constituye una actuación que vulnera los derechos constitucionales fundamentales invocados por la accionante. Para tal efecto se reiterará la jurisprudencia que sobre la materia se ha dictado.

3. La licencia de maternidad y su protección al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte ha señalado que, de conformidad con la Carta Política, la mujer, durante el embarazo y después del parto, debe gozar de especial asistencia y protección del Estado, según lo establece expresamente el artículo 43 de la Constitución.

En Sentencia T-603 de 2006¹³, esta Corporación precisó la relevancia constitucional que reviste el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Al respecto, dicha providencia consideró:

Corolario de lo anterior es la concreción de diferentes tipos de mecanismos de amparo de las mujeres en su contexto familiar como lo son, por vía de ilustración, la protección reforzada a las mujeres cabeza de familia y de las mujeres en estado de embarazo”.

En desarrollo de los principios constitucionales anteriormente expuestos, el legislador ordinario instituyó al interior de la normatividad laboral una prestación económica cuya objetivo es permitirle a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros meses, la posibilidad de brindarle los cuidados necesarios (afectivos y económicos), el fortalecimiento de la familia, pilar fundamental de la sociedad y la percepción de un ingreso económico que garantice la subsistencia de la madre y el niño mientras ésta se reincorpora al trabajo¹⁴.

Los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y en sus Decretos reglamentarios para que la licencia de maternidad sea exigible, son los siguientes:

* Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación¹⁵

* Que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho¹⁶.

* Que la cotización se haya realizado de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho¹⁷

Cuando se cumplen todos los requisitos anteriores y la EPS a la que se encuentra afiliada la mujer se niega al reconocimiento o pago, se estaría ante la vulneración del derecho fundamental al pago de la licencia de maternidad en conexidad con el derecho al mínimo vital, que haría, en principio, procedente su protección por vía de tutela¹⁸.

1. Reglas jurisprudenciales que definen la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad.

La Corte Constitucional ha precisado que las controversias respecto de derechos prestacionales deben realizarse a través de los mecanismos de resolución de conflictos ante los jueces ordinarios. Sin embargo, ha señalado que, en casos en que la falta de reconocimiento de un derecho de carácter prestacional ponga en peligro un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁹.

Esta Corporación, se ha pronunciado en diversas oportunidades, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad. Las siguientes son las reglas jurisprudenciales que ha sentado sobre el tema:

i. Cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, este deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un

derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela²⁰.

i. Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo²¹ o cuando el salario es su única fuente de ingreso²². Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción²³.

i. En relación a la forma de probar esa afectación del mínimo vital y la necesidad del pago de la licencia por no tener otros recursos con los cuales asegurarse una subsistencia digna, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que la prueba para establecer la afectación del mínimo vital no requiere mayores formalidades, siendo necesario acudir al principio de la buena fe. La manifestación realizada por una accionante en el sentido de carecer de medios económicos suficientes para proveerse una manutención digna y brindársela a su hijo recién nacido, se encuentra amparada en el principio de la buena fe, por lo que sería suficiente para conceder el amparo solicitado si, sumado a lo anterior, la entidad accionada no pone en entredicho esa afirmación, allegando las pruebas respectivas que permitan llegar a una conclusión distinta²⁴.

i. El sistema debe reconocer y pagar la licencia de maternidad a través de las Entidades Promotoras de Salud, para lo cual se aplicará el régimen que señala para tal efecto el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (art. 172. num. 8º *ibídem*). No obstante en aquellos casos en los que el empleador no realice las cotizaciones respectivas de una trabajadora en cumplimiento de los lineamientos legales, estará a su cargo el cancelar la prestación económica derivada de la citada licencia²⁵.

i. El juez constitucional al momento de fallar debe tener en cuenta que la acción de tutela está orientada, entre otros principios, por los de informalidad y efectividad del derecho²⁶, de manera que al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley

para que la licencia de maternidad se haga exigible, debe dar primacía al derecho sustancial y recordar que todo requerimiento que desconozca los derechos constitucionales de la madre desconoce la Carta Fundamental²⁷.

i. Cuando el empleador cancela de manera tardía las cotizaciones en salud y la EPS demandada no lo ha requerido para que lo hiciera ni rechaza el pago realizado, se entiende que ésta se allanó a la mora del empleador, y por lo tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora²⁸.

i. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo²⁹.

6. Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad cuando no se ha cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de la gestación.

Teniendo en cuenta la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida por el Estado y sociedad, esta Corporación ha manifestado que el juez constitucional debe inaplicar la normatividad vigente sobre la materia, cuando se trate de garantizar efectivamente el derecho al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido.

Así, en aplicación de los criterios expuestos en acápites anteriores, la jurisprudencia ha ordenado, excepcionalmente, el pago de la acreencia laboral derivada de la maternidad cuando no se ha cotizado ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación³⁰.

Frente a este punto la Sentencia T-906 de 2006³¹, señaló:

“La exigencia legal de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, por un periodo mínimo igual al de la gestación, para que proceda el reconocimiento y pago de la licencia de

maternidad (art. 63 del Decreto 806 de 1998 y num. 2º del art. 3º del Decreto 047 de 2000), no debe aplicarse de manera automática, pues el hacerlo sería imponer un requisito que en algunos casos hace nugatorio el derecho a la mujer a que se le reconozca esta prestación económica, cuando compromete la subsistencia y vida digna, tanto de la madre como de su menor hijo. En estos casos, esta exigencia se convierte en un argumento formal que pretende hacerse prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial (art. 228 C.P.) que se concreta en el descanso remunerado en la época del parto. En conclusión, una aplicación estricta del requisito legal referido a la cotización igual al periodo de la gestación, para que se reconozca y pague la licencia de maternidad, conduce a que en circunstancias en las cuales tanto la madre como el hijo dependan económicamente de esta prestación se desconozca su derecho sustantivo al mínimo vital y a la subsistencia, razón por la cual deben aplicarse las normas constitucionales que garantizan especial protección al trabajo tanto a la madre durante el embarazo y después del parto, así como para los hijos de éstas menores de un año, teniendo en cuenta además el carácter prevalente que adquieren los derechos involucrados de los sujetos inmersos en la controversia”.

En el mismo sentido, la Sentencia T-549 de 200532, reiteró:

De igual forma lo sostuvo la Corte en la Sentencia T-053 de 200733, en donde se reiteran las reglas referentes al carácter que adquiere el derecho al pago de la licencia de maternidad cuando se encuentra en conexidad con los derechos constitucionales fundamentales de la madre y su hijo recién nacido. En dicha providencia, esta Corporación manifestó:

“Al aplicar de manera rigurosa el requisito legal, es decir, la exigencia de haber cotizado como mínimo un período igual al de la gestación, en algunos casos se estarían afectando los derechos fundamentales al mínimo vital y subsistencia tanto a la madre como a su menor hijo quienes subsisten económicamente de ésta prestación económica. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha inaplicado las normas que regulan un período mínimo de semanas de cotización igual al de la gestación para que se reconozca el pago de la licencia de maternidad, y en su lugar ha dado aplicación a las normas superiores que regulan esta garantía doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre y su hijo”.

Igualmente, en Sentencia T-122 de 2007, la Sala Quinta de Revisión dispuso lo siguiente:

“En el presente caso, no se puede dejar de lado el análisis de la vulneración a los derechos fundamentales que presuntamente han sido vulnerados a la accionante, porque es misión del juez constitucional actuar como garante del respeto de la Carta Fundamental y de la garantía de los Derechos fundamentales, y además, brindar una protección especial a las mujeres en estado de embarazo y en el período después del parto cuando se encuentre en entredicho la satisfacción del mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido y, con mayor razón, si se trata, como en el caso que ocupa a la Sala, de una madre cabeza de familia que no tiene otro medio de subsistencia que su ingreso ordinario. Además, la Sala considera que existe un argumento adicional para amparar los derechos fundamentales de su menor hijo, pues de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el padre del menor se encuentra recluido en una penitenciaría y no aporta nada para la manutención del menor. Al respecto, encuentra la Sala que atendiendo a las circunstancias particulares de la accionante, se inaplicarán las normas concernientes a la licencia de maternidad respecto del número de semanas que se deben cotizar para acceder a esa prestación”.

Finalmente, sobre la inaplicación de normas del Decreto 047 de 2000, concretamente sobre el deber que tiene la trabajadora de cotizar de forma continúa al Sistema de Seguridad Social durante todo el período de gestación, la Sala Octava de Revisión, en Sentencia T-727 de 2007, Magistrada Ponente, Catalina Botero Marino, puntualizó:

“La Corte, en reciente jurisprudencia, ha sostenido que si el incumplimiento es imputable a la trabajadora pero se trata de un incumplimiento parcial -dado que el pago de la licencia de maternidad es indispensable para garantizar los derechos fundamentales del menor y de la madre-, procederá el amparo solicitado, distinguiendo, para la cuantía del pago, el tipo de incumplimiento, según sea el caso:

(i) si se está ante un incumplimiento parcial que sea breve o irrisorio , el reconocimiento de la prestación deberá ser del 100% a favor de la madre trabajadora, porque frente a este tipo de incumplimiento no se deben aplicar literalmente las normas reglamentarias sino que debe prevalecer la aplicación de normas legales y constitucionales que ordenan la satisfacción del derecho³⁴;

(ii) si se está ante un incumplimiento parcial, pero que no pueda calificarse como irrisorio, esta Corporación ha sostenido que guardando el equilibrio entre el sistema de seguridad

social y la protección de los derechos fundamentales afectados, se podrá reconocer la prestación económica en proporción al cumplimiento de los requisitos”35.

En conclusión, debido a la importancia de los principios constitucionales involucrados, es deber del juez de tutela inaplicar la normas en materia de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, cuando de su observancia se derive el desconocimiento de los derechos fundamentales del menor y su madre.

7. Análisis del caso concreto

Como se desprende del registro civil de nacimiento del menor y del Acta individual de reparto de esta solicitud de amparo, Sergio Alejandro Rivera Conde nació el veintisiete (27) de abril de 2007; la madre interpuso la acción de tutela el día 25 de mayo de 2007, lo que determina que ésta es procedente, por estar dentro del límite temporal de un año tal y como se expuso en la parte considerativa de esta Sentencia. En virtud de lo anterior, esta Sala realizará un estudio de fondo del caso objeto de análisis.

La señora Johanna Cardeth Rivera Conde interpuso acción de tutela contra SALUD TOTAL EPS por considerar que ésta ha vulnerado sus derechos al mínimo vital y los derechos fundamentales de su hijo menor al negarse a pagar la prestación económica de licencia de maternidad. Por tanto solicita al juez constitucional que tutele sus derechos y ordene a la entidad demandada que efectúe el pago de la correspondiente licencia.

La entidad accionada se niega a realizar el pago, arguyendo que la actora no cotizó al Sistema General de Seguridad Social durante todo el período de gestación.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se encuentra acreditado que:

- La demandante se encuentra afiliada a la EPS SALUD TOTAL, Seccional Ibagué, desde el 18 de octubre de 200636
- El 27 de abril de 2007 Johanna Cardeth Rivera Conde tuvo a su hijo Sergio Alejandro Rivera Conde.
- El embarazo de la accionante duró 37 semanas.

- La actora cotizó 25 de las 37 semanas del período de gestación. En efecto, en el acervo probatorio del expediente, reposa fotocopia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por SALUD TOTAL EPS., de fecha 23 de mayo de 2007, en el que consta que durante su embarazo, la accionante cotizó 25 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el mismo documento la EPS accionada negó la prestación económica solicitada arguyendo que el número de semanas de cotización era inferior al número de semanas de gestación.

- La EPS SALUD TOTAL se niega a reconocer la licencia de maternidad, por cuanto, al verificar las cotizaciones hechas por la accionante, concluye que existe un déficit de semanas de cotización en los meses de julio, agosto y septiembre de 2006, razón por la cual el llamado al pago de la licencia de maternidad es el empleador. Sin embargo, de acuerdo a los hechos narrados por la accionante³⁷, se desprende que solo hasta el mes de octubre de 2006 comenzó a trabajar para la empresa CONSORCIO OBRAS DEL TOLIMA, empleador que desde la fecha de ingreso realizó los aportes a la EPS demandada. Así las cosas, observa esta Sala que a diferencia de lo sostenido por la EPS accionada, no puede predicarse la responsabilidad del empleador por el pago de la licencia de maternidad, por cuanto, durante los meses dejados de cotizar el vínculo laboral entre éste y la señora Rivera Conde era inexistente.

Al revisar los requisitos exigidos en la normatividad para el pago de la prestación económica por maternidad, se tiene que la demandante no cumple con el requisito legal consistente en haber cotizado de forma continua durante todo el período de gestación.

Efectivamente, el período de gestación de la accionante tuvo una duración de 37 semanas y ésta solo cotizó 25 de ellas. En este caso, la señora Johanna Cardeth Rivera Conde tenía aproximadamente tres meses de embarazo para cuando realizó su afiliación a SALUD TOTAL EPS, en virtud de su ingreso a la empresa CONSORCIO OBRAS DEL TOLIMA, el dieciocho (18) de octubre de 2006.

La Sala debe decidir, entonces, si la falta de cotización de doce (12) semanas durante el periodo de gestación constituye un argumento legítimo para que la EPS SALUD TOTAL haya negado el pago de la licencia de maternidad a la accionante.

La doctrina unificada de esta Corporación ha sido muy consistente al señalar, que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido por el no pago de la licencia de

maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela³⁸. Este es el fundamento constitucional³⁹ para que en oportunidades precedentes, este Tribunal haya ordenado el pago de la prestación económica por maternidad, a pesar de que la trabajadora no hubiese cotizado ininterrumpidamente durante todo el período del embarazo.

En virtud de lo anterior, debe revisarse si en el caso objeto de estudio, se configura una vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y de su menor hijo.

La Corte Constitucional ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción⁴⁰.

La demandante, manifestó ser madre cabeza de familia⁴¹, devengar el salario mínimo y no tener otra fuente de ingreso. SALUD TOTAL EPS no desvirtuó lo dicho por la tutelante⁴². Por lo anterior, esta Sala presume que el no pago de la licencia de maternidad a la accionante vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la demandante y de su hijo recién nacido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en casos como el presente lo justo es establecer la respectiva proporción⁴³, la Sala procede de la siguiente forma:

De conformidad con lo afirmado por la entidad accionada, el tiempo que la actora cotizó al sistema de seguridad social en salud fue 25 semanas durante el periodo de gestación de 37 semanas, por tanto es lo apropiado que, proporcionalmente, reciba el 67.5 % del valor de la licencia de maternidad.

Así, entonces, en atención a las circunstancias analizadas en el caso concreto se ordenará que SALUD TOTAL EPS, le cancele a la señora Johanna Cardeth Rivera Conde la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

En la medida que en el presente fallo se ordena el pago de la licencia de maternidad en

proporción al tiempo efectivamente cotizado, la Sala advierte que dicha decisión no genera traumatismos al equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué -Tolima-, que a su vez revocó la decisión adoptada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué. En consecuencia, TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora Johanna Cardeth Rivera Conde.

Segundo.- ORDENAR a SALUD TOTAL EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le pague a la señora Johanna Cardeth Rivera Conde la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, en proporción al tiempo que cotizó durante el embarazo.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué, Tolima, notificará esta sentencia dentro del término de los cuatro días siguientes a su comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Escrito de contestación de la acción de tutela, (Folio 1 del Expediente).

Actualmente la señora Rivera Conde se encuentra laborando para el Consorcio Obras del Tolima y por intermedio de dicha entidad ha venido realizando los aporte en salud a la EPS SALUDTOTAL.

2 Registro Civil de Nacimiento de Sergio Alejandro Rivera Conde expedido el 22 de mayo de 2007. (Folio 5 del Expediente)

3 Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por SALUDTOTAL EPS, (Folio 7 del Expediente)

4 Según el formato negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por SALUDTOTAL EPS, la accionante solo cotizo 25 semanas de las 37 de gestación.

5 Escrito de tutela, (Folio 1 del Expediente).

6 Cfr. Folio 4 del expediente

7 Cfr. Folio 6 del expediente

8 Cfr. Folio 7 del expediente

9 Cfr. Folio 8 del expediente

10 Cfr. Folio 17 del expediente

11 Para sustentar su afirmación, cita las Sentencias T-390 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño y T-159 de 2001, MP Fabio Morón Díaz.

12 Cfr. Folio 53 del expediente

13 MP Rodrigo Escobar Gil

14 Sentencia T-1104, MP Clara Inés Vargas Hernández

15 Artículo 43, numeral 2 del Decreto 047 de 2000

17 Artículo 21, numeral 1 del Decreto 1804 de 1999

18 Sentencia T-727 de 2007, MP Catalina Botero Marino.

19 Ver entre otras las Sentencias T-460 de 2003, MP Jaime Cordoba Triviño, Sentencia T-790 de 2005 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y Sentencia T-1011 de 2006 MP Álvaro Tafur Galvis.

20 Sentencia T-206 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia se estudió el caso de una madre cabeza de familia, que devengaba el salario mínimo, a quien le fue negado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado durante todo el tiempo de gestación.

21 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil, T-158 de 2001 MP: Fabio Morón Díaz, T-1081 de 2000 MP: Alejandro Martínez Caballero y T-241 de 2000 MP José Gregorio Hernández Galindo. Las anteriores providencias fueron reiteradas en la Sentencia T-520 de 2006, MP Marco Gerardo Monroy Cabra

22 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil, T-1013 de 2002 MP: Jaime Córdoba Triviño, T-365 de 1999 MP: Fabio Morón Díaz y T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz.

23 Sentencia T-520 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

24 Sentencia T-559 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil criterio que se reitera en la Sentencia T-105 de 2006, MP Jaime Cordoba Triviño.

25 Ver las Sentencias T-383 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández, T-406 de 2003, MP Jaime Cordoba Triviño, T-258 de 2000 MP José Gregorio Hernández Galindo, T-390 de 2001 MP Jaime Cordoba Triviño, T-387/06 MP Clara Inés Vargas Hernández

26 Sentencia T-1015 de 2006, MP Álvaro Tafur Galvia.

27 Ver al respecto las Sentencias T-906 de 2006, MP Humberto Sierra Porto, T-550 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-1205 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

28 Sobre este punto ver la Sentencias T-206 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa, donde se reitera lo dicho por las Sentencias T-983 de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño, T-640 de 2004 MP Rodrigo Escobar Gil, T-838 de 2006 MP Humberto Sierra Porto, T-727 de 2007 MP Catalina Botero Marino.

29 Sentencia T-999 de 2003 (MP: Jaime Araújo Rentería) “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”. Ver en el mismo sentido la Sentencia T-790 de 2005, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

30 Sobre el particular, ver las sentencias T-790/05 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1243/05 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-598/06 MP Álvaro Tafur Galvis, T-1014/06 MP Clara Inés Vargas Hernández, T-039/07, T-053/07 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-206/07 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

31 MP Humberto Antonio Sierra Porto. En este caso, la accionante no cotizó durante un (1) mes y veintinueve (29) días, razón por la cual, la entidad prestadora de salud le negó el pago de la licencia de maternidad. La accionante, trabajadora independiente, tenía como ingreso mensual el equivalente al salario mínimo legal vigente para el año 2006; la Corte consideró que con dicha negativa se le estaba afectando el mínimo vital a la madre y su menor hijo.

32 MP Jaime Araujo Rentería. En esa oportunidad, esta Corporación revisó el caso de una mujer a la cual la Entidad accionada le negaba el reconocimiento de la licencia de maternidad, porque la madre no cotizó 21 días, durante los nueve (9) meses de la gestación.

33 MP Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta oportunidad, la Sala Quinta de Revisión ordenó el pago de una licencia de maternidad en proporción al 100% a una madre cabeza de familia, quien solo había cotizado 7 meses del período de gestación, en aras de salvaguardar el derecho al mínimo vital de ella y su menor hijo.

34 Frente a este punto, la Sentencia T-1243 de 2005, consideró: En tales casos donde el lapso de no cotización es breve - inferior a un mes de los nueve que dura usualmente un embarazo- en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido, esta Corporación ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución y ha ordenado el pago de la licencia de maternidad.

35 En las Sentencias T-1243 de 2005, T-034 de 2007, T-206 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-039 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, teniendo en cuenta las circunstancias especiales analizadas en cada caso, se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizaron durante el embarazo.

36 En efecto, la misma entidad confirmó lo dicho mediante escrito de 05 de junio de 2007.

37 Escrito de tutela. (folio 1 del expediente)

38 Sentencia T-790 de 2005, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada por la Sentencia T-206 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

39 Artículos 43 y 53 de la Constitución Política.

40 Ver entre otras las Sentencias T-998 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño, T-520 de 2006 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-569 2006 MP Jaime Córdoba Triviño

41 Está probado en el expediente que es madre del menor Sergio Alejandro Rivera Conde, quien a la fecha tiene nueve (9) meses de nacido.

42 Sobre la presunción de veracidad, en materia de capacidad económica, esta Corte ha dicho: "Se ha considerado por la Jurisprudencia, que en materia de tutela también es aplicable el principio general de derecho probatorio, según el cual, incumbe al actor probar el

supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. Y así, refiriéndose a la demostración de la incapacidad económica para asumir el costo de los procedimientos o medicamentos excluidos del POS, ha indicado que, como no existe una tarifa legal para su prueba, entonces, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad y para ello se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Constitución Política. Sin embargo, ha previsto unas reglas probatorias en esta materia. Se recalca que ha indicado la Corporación, que de manera correlativa le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario a lo alegado por el accionante sobre su capacidad económica, so pena de que por la mera afirmación de incapacidad del actor que no es desvirtuada, se aplique la presunción de buena fe en su manifestación y con ella se tenga por acreditada tal circunstancia". Sentencia T-223 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

43 Tal y como se hizo en la sentencia T- 1243 de 2005, de diciembre 2 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa