

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad

JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede desestimar derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad basándose en que negativa no se discutió ante EPS

No puede aducirse que la madre tiene que controvertir la negativa de la EPS ante la entidad para poder acudir ante el juez de tutela, previa presentación de los documentos demostrativos del derecho, si se considera i) que los artículos 86 de la Carta Política y 9° del Decreto 2591 de 1991 no imponen a los accionantes en tutela la carga de adelantar confrontaciones previas para acudir ante el juez constitucional y ii) que la Entidad Prestadora de Salud, obligada al pago de la licencia, conoce del embarazo, está en condiciones de certificar el parto, atiende al recién nacido y tiene acceso a la historia laboral de madre. De modo que los jueces de amparo no pueden desestimar el derecho al reconocimiento de la licencia remunerada por maternidad, con el argumento de que la negativa no se discutió ante la EPS obligada y que la interesada no probó el cumplimiento de los requisitos que le dan derecho a la prestación, pues no corresponde a las autoridades judiciales imponer a los sujetos procesales cargas no previstas en la Carta para acceder a la justicia constitucional, como tampoco demostrar ante las entidades obligadas, asuntos que éstas, en cumplimiento de sus funciones, tienen que conocer.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Requisitos para que proceda reconocimiento de licencia de maternidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se ha presentado interrupción de días de cotización

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción de no exigir el pago completo e interrumpido de semanas cotizadas/LICENCIA DE MATERNIDAD-Vulneración del mínimo vital de la madre y su hijo

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para reconocimiento no pueden hacer nugatorio el derecho sin velar por su eficacia

Referencia: expediente T-1418261

Acción de tutela instaurada por María Mercedes Barrera Benavides contra Famisanar EPS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juez Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por María Mercedes Barrera Benavides contra Famisanar EPS.

### I. ANTECEDENTES

La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la maternidad, al recién nacido y al mínimo vital, porque Famisanar EPS se niega a pagarle la prestación económica por maternidad a la cual tiene derecho, por no haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación.

#### 1. Hechos

Según las pruebas allegadas al expediente, se pueden tener como ciertos los siguientes hechos:

- \* La señora María Mercedes Barrera Benavides se encuentra afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por conducto de Famisanar EPS, como trabajadora independiente.
- \* El día 18 de Junio del año 2006, la actora dio a luz a NIKOL DANIELA RUIZ BARRERA.
- \* El día 19 de Junio del año 2006, Famisanar EPS concedió a la señora Barrera Benavides licencia de maternidad por 84 días.
- \* El 17 de julio del año en curso la EPS accionada le negó a la actora el reconocimiento de la prestación económica por maternidad, porque “no cumple semanas de cotización”.

## 2. Pruebas

### 2.1 En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia del Carné de Afiliación 53050227, expedido por la EPS Famisanar, a nombre de María Mercedes Barrera Benavides.

-Registro Civil de Nacimiento de la menor Nikol Daniela Ruiz Barrera, hija de María Mercedes Barrera Benavides, nacida el 18 de junio de 2006.

-Certificado de Incapacidad, fechado el 19 de junio de 2006, que da cuenta de la licencia por maternidad, expedido por la I.P.S Clínica Orquídeas de Colsubsidio a nombre de la accionante.

-Formato de Negación de Incapacidades, expedido por Famisanar EPS en respuesta a la solicitud presentada por la actora, toda vez que ésta “[i]nterrumpió en el mes de junio de 2006 cotizó 22 días (sic), por lo que no es viable el reconocimiento de la licencia por parte de la EPS”.

### 3. La demanda

La señora María Mercedes Barrera Benavides instaura acción de tutela en contra de Famisanar EPS, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales y los de su hija, vulnerados porque la accionada se niega a cancelar la prestación económica por maternidad, argumentando que la actora no cotizó interrumpidamente al Sistema, durante el periodo de la gestación.

Manifiesta la actora que estuvo vinculada a la empresa Activos S.A., entre el 25 de julio del 2005 y el 3 de junio de 2006, que como debía laborar hasta altas horas de la noche, en un establecimiento de comercio ubicado en la Avenida El Dorado y contaba con 37 semanas de gestación, renunció a su cargo con el fin de realizar labores independientes.

Indica que el 18 de junio de 2006, dio a luz a su hija Nikol Daniela, en la Clínica Orquídeas de Colsubsidio y comenzó a disfrutar de la licencia de maternidad, expedida por la misma entidad, por 84 días.

Sostiene que inicialmente la entidad accionada se negó a asumir los costos de la atención médica integral por la hospitalización, parto y servicios médicos, aduciendo que la actora no tenía el número de semanas requeridas, pero que ante su insistencia fue atendida, en consideración a que su vinculación al Sistema data del año 2004.

Relata la actora que Famisanar EPS se niega a reconocerle la prestación económica por maternidad a la que tiene derecho, aduciendo que ella no cotizó ininterrumpidamente, porque en el mes de junio aportó al Sistema 22 de los 30 días que debía haber cotizado.

Afirma que actualmente “se encuentra desempleada, (...) su esposo se dedica a trabajar independiente y temporal en pintura de viviendas y sus pocos ingresos no son fijos (...) tenemos otro hijo de cinco años de edad, quien se encuentra estudiando”.

Siendo así, sostiene que la negativa de la entidad accionada de cancelar su prestación por maternidad afecta su mínimo vital, ya que actualmente “no tengo ningún ingreso que me permita atender los gastos propios y los de mi bebe, así como la seguridad social y la salud (...”).

#### 4. Respuesta de la entidad accionada

En memorial allegado al expediente de tutela, la apoderada general de la sociedad EPS FAMISANAR LTDA solicita se niegue la acción por improcedente i) comoquiera que la actora pretende el reconocimiento de una prestación económica y ii) debido a que la entidad que representa no vulnera los derechos fundamentales de la señora Barrera Benavides, sino que da cumplimiento a las normatividad que rige la prestación económica por maternidad.

Destaca que “la accionante NO COTIZO EN FORMA COMPLETA, OPORTUNA E ININTERRUMPIDA, PARA EL MES DE JUNIO TAN SOLO SE CANCELARON VEINTIDOS (22) DÍAS DEL APORTE, y como ya se dijo se requiere que se hayan realizado en forma ininterrumpida y completa durante todo el periodo de gestación para acceder a la prestación” -destaca el texto-.

Con base en lo expuesto señala que “NO SURGIÓ EL DERECHO PARA LA USUARIA”, si se observa que la señora Barrera Benavides no cumplió con los requisitos exigidos por la ley, para poder acceder al reconocimiento de la prestación.

Destaca que la EPS Famisanar le ha prestado a la actora el servicio médico que la misma ha requerido “según los parámetros legalmente autorizados, tal y como lo demuestran las autorizaciones de servicios expedidas, salvaguardando de esta forma los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de la usuaria y del menor”.

En suma solicita negarle a la actora la protección invocada, con base en los argumentos expuestos y en el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

## 5. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, en Sentencia del 4 de agosto del 2006, deniega por improcedente el amparo de tutela promovido por la señora María Mercedes Barrera Benavides.

Sostiene el fallador de instancia que la actora no podía acudir en demanda de protección ante el juez de amparo, antes de recurrir ante la misma EPS la negativa formulada, previa demostración del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 15 de septiembre de 2006, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de esta Corporación.

### 2. Problema Jurídico

El Juzgado Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá deniega a la señora María Mercedes Barrera Benavides el amparo invocado, toda vez que la accionante tenía que contradecir

ante la entidad accionada su derecho a la prestación económica por maternidad, previa demostración de los requisitos que le dan derecho a la misma.

Ahora bien, los antecedentes indican que la actora se afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud el 29 de octubre de 2004, mantuvo su vinculación al mismo hasta el 18 de junio de 2006, fecha en que entró a disfrutar de la incapacidad por maternidad e interrumpió durante ocho días el pago de aportes, porque a causa de su embarazo se vio obligada a renunciar a su empleo y a cotizar al Sistema como trabajadora independiente.

De manera que para adoptar la decisión que corresponde, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger a la mujer gestante y al recién nacido y respecto del derecho a la prestación económica por maternidad, sin perjuicio de interrupciones no representativas y justificadas en el pago de aportes.

### 3. Consideraciones preliminares. Protección constitucional a la mujer durante el embarazo y el parto. Reiteración de jurisprudencia

3.1 Con fundamento en la obligación del Estado de promover condiciones reales de igualdad y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados, prevista en el artículo 13 de la Carta Política, los artículo 43, 44 y 51 del mismo ordenamiento disponen que la mujer gestante gozará de protección, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y que el recién nacido tendrá derecho a especial atención.

El Código Sustantivo del Trabajo, por su parte, estipula que “[t]oda mujer trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto,

remunerada con el salario que devengue al entrar al descanso (...)" -artículo 236-.

Señala la jurisprudencia constitucional, que la legislación del trabajo desarrolla las disposiciones constitucionales sobre protección de la mujer gestante y su hijo recién nacido, en cuanto la licencia remunerada por maternidad permite a la madre recuperar su salud y brindar al pequeño la atención permanente que el mismo demanda, sin preocuparse de devengar ingresos para procurar su sustento y el de su familia. Sostiene esta Corte:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En armonía con lo expuesto, el derecho de la mujer trabajadora previsto en el artículo 236 del Código laboral "no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental (...)"<sup>2</sup> , en cuanto se relaciona directamente con la preservación de la salud en conexidad con la vida de la madre y el normal desarrollo del menor. Por ello esta Corte ha considerado que la mujer gestante puede reclamar ante los jueces constitucionales el pago de la licencia de maternidad, sin perjuicio del carácter económico de la misma y de su regulación legal.

Señala la Corte<sup>3</sup>:

"Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la

anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido".<sup>4</sup>

Vistas las anteriores consideraciones, no puede aducirse que la madre tiene que controvertir la negativa de la EPS ante la entidad para poder acudir ante el juez de tutela, previa presentación de los documentos demostrativos del derecho, si se considera i) que los artículos 86 de la Carta Política y 9° del Decreto 2591 de 1991 no imponen a los accionantes en tutela la carga de adelantar confrontaciones previas para acudir ante el juez constitucional y ii) que la Entidad Prestadora de Salud, obligada al pago de la licencia, conoce del embarazo, está en condiciones de certificar el parto, atiende al recién nacido y tiene acceso a la historia laboral de madre.

De modo que los jueces de amparo no pueden desestimar el derecho al reconocimiento de la licencia remunerada por maternidad, con el argumento de que la negativa no se discutió ante la EPS obligada y que la interesada no probó el cumplimiento de los requisitos que le dan derecho a la prestación, pues no corresponde a las autoridades judiciales imponer a los sujetos procesales cargas no previstas en la Carta para acceder a la justicia constitucional, como tampoco demostrar ante las entidades obligadas, asuntos que éstas, en cumplimiento de sus funciones, tienen que conocer.

3.2 Los artículos 63 del Decreto 806 de 1998 y 3° del Decreto 047 de 2000 establecen que para tener derecho a la prestación económica por maternidad la mujer deberá permanecer afiliada al Sistema de Seguridad Social durante todo el periodo de la gestación y pagar oportunamente los aportes. Señalan las disposiciones:

“ART. 63.—Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación

ART. 3º—Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud”.

Se colige, entonces, de conformidad con la normatividad en la materia, que una vez establecido que la mujer i) cotizó al Sistema durante todo el período de gestación en forma ininterrumpida; ii) canceló en forma oportuna, cuando menos cuatro de los seis aportes correspondientes a los meses anteriores al parto y iii) no se hallaba en mora, en el momento en que se causó el derecho<sup>5</sup>, tiene derecho a exigir el pago de la licencia y acudir ante el juez de tutela, si su solicitud no es atendida.

No obstante la jurisprudencia tiene definido que los requisitos antes relacionados deberán interpretarse en función de la eficacia de la prestación, dada la finalidad constitucional de la misma, de modo que las interrupciones y moras no representativas, no atribuibles a la mujer gestante, allanadas o debidamente justificadas, no pueden dar al traste con los derechos de la madre al descanso remunerado en la época del parto y del niño a contar con la permanente asistencia y protección de su progenitora, durante el periodo inmediatamente siguiente a su nacimiento.

Señala al respecto la jurisprudencia:

“En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha procedido a ordenar el pago de las licencias de maternidad, así la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo de la gestación6 (Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2)7.

Es así que en la Sentencia T-549 de 20058, 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, porque “negar las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad con fundamento en el argumento según el cual la solicitante presentó una interrupción (...) en su cotización, se traduce en una interpretación de la norma que haría nugatorio el ejercicio del derecho constitucional, optando por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, y contrariando, de esta manera, el artículo 228 C.P”.

También, mediante Sentencia T-1243 de 20059 la Corte Constitucional concedió la protección

a quien no cotizó durante 17 días, como quiera que “donde el lapso de no cotización es breve (...) 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.”

Se puede concluir entonces, que una “Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos<sup>10</sup>.” <sup>11</sup>

Quiere decir entonces que los requisitos establecidos en el ordenamiento para que las mujeres accedan a la prestación económica por maternidad, no podrán hacer nugatorio el derecho sino velar por su eficacia, porque de no ser así lo procedente es su inaplicación “por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido”. <sup>12</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### 1. Caso Concreto. La sentencia de instancia será revocada

La señora María Mercedes Barrera Benavides reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la maternidad, al recién nacido y al mínimo vital porque la EPS accionada se niega a pagarle la prestación económica por maternidad a la cual tiene derecho, aduciendo que la actora no cotizó ininterrumpidamente al Sistema y reclama sobre un derecho de

contenido económico, que corresponde dilucidar a la justicia del trabajo.

Efectivamente, en el mes de junio de 2006, la actora aportó al Sistema de Seguridad Social en Salud durante veintidós días únicamente, en tanto modificaba su vinculación, dado que debió renunciar a su empleo a causa de su embarazo y afiliarse como trabajadora independiente, circunstancia que -como quedó explicado- no la priva del derecho fundamental de acceder a la prestación económica por maternidad, establecida para que la mujer recupere su salud lesionada a causa del embarazo y el parto y brinde al recién nacido la atención que el mismo demanda<sup>13</sup>.

No obstante el Juez de instancia niega el amparo, por considerar que la accionante tenía que controvertir ante la EPS su derecho a la prestación, previa demostración del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a la misma.

De modo que la sentencia de instancia habrá de revocarse y en su lugar conceder la protección, porque -como quedó expuesto en las consideraciones preliminares de esta providencia- la acción de tutela procede para proteger especialmente a la mujer gestante y a su menor hijo, durante el embarazo, después del parto y durante el primer año de vida del recién nacido, sin que para el efecto la madre tenga que adelantar una confrontación previa ante la EPS obligada al pago.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, el 4 de agosto del 2006, para decidir la acción de tutela instaurada por María Mercedes Barrera Benavides contra Famisanar EPS.

Segundo. CONCEDER a la señora María Mercedes Barrera Benavides el amparo de sus derechos fundamentales a la maternidad, al recién nacido y al mínimo vital.

En consecuencia ORDENAR a Famisanar EPS que en las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar a la actora la prestación por maternidad a la que tiene derecho.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-743A de 2000.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Sentencia T-210 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Renteria, en igual sentido consultar la Sentencia T-444 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Sentencia T-999 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

5 Ver sentencia T-947 de 2005.

6 Ver sentencia T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda

7 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-549 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1010 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-931 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández). Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

8 Ver sentencia T-549 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

9 Ver sentencia T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda

10 Ver sentencia T-1168 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

11 Sentencia T-599 de 2006 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

12 Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Al respecto también puede consultarse la Sentencia T- 931 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas. En esta oportunidad, ante circunstancias similares, esta Corporación concedió el amparo a una madre que interrumpió durante once días su cotización al Sistema.