

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No puede idear requisitos diferentes al pago de aportes para incumplir pago de licencia de maternidad

La entidad accionada, en una evidente descoordinación administrativa, y dando una respuesta tardía a los derechos de petición que la actora interpuso, resultó violando derechos que merecen un amparo inmediato, pues el posible error en el NIT, que aduce el ISS para dilatar el pago de la licencia por maternidad, hubiera sido detectado desde un principio cuando se radicaron los documentos y no 15 meses después de haberle además generado la expectativa de que la licencia se pagaría en dos meses. En ocasiones similares, la Corte ha sostenido que no son los usuarios del Sistema de Salud quienes deben soportar tales falencias y mucho menos ver afectadas sus condiciones de vida ante la negligencia administrativa de entidades como la demandada. Frente a la protección especial de que gozan la mujer gestante y el recién nacido, valga reiterar lo dispuesto por esa misma Sala en la sentencia T-512 de 2006, en el sentido de que las entidades obligadas al pago de la prestación económica no pueden idear requisitos diferentes al pago de los aportes para enervar el cumplimiento de su obligación de procurar el sustento de la madre gestante y de su hijo recién nacido, durante el primer año de vida de éste, mediante el reconocimiento del derecho al descanso remunerado de la progenitora.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Oportunidad para reclamarla

Referencia: expediente T-1422228

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Acción de tutela instaurada por Yolanda Buitrago Calderón contra el Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., siete ( 7 ) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito en la acción de tutela instaurada por Yolanda Buitrago Calderón contra el Seguro Social.

## I. ANTECEDENTES

La señora Yolanda Buitrago Calderón instaura acción de tutela en contra de la E.P.S. del Seguro Social a fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social, comoquiera que la entidad promotora demandada se niega a pagarle la licencia por maternidad y otras licencias por enfermedad que radicó desde el año 2005.

### 1. La demanda de tutela

La accionante interpone la tutela con fecha 10 de julio de 2006 bajo el siguiente relato:

- Es cotizante del ISS y durante su embarazo fue incapacitada, según certificados médicos Nos.110040000505, 696230 y 110040015495.
- A la fecha de interponer la tutela, no le han sido reconocidas ni pagadas tales incapacidades y por ello elevó varios derechos de petición al Seguro Social, los cuales dice, no han sido respondidos. Su hija Danna Sofía Delgadillo Buitrago, nació en el mes de febrero de 2005 y, a partir de esa fecha, disfrutó de su licencia por maternidad, según certificado médico No. 110040018587.
- El dieciocho (18) de marzo de 2005, radicó los documentos correspondientes para el reconocimiento y pago, tanto de la licencia de maternidad como de las incapacidades

médicas. Transcurridos seis meses, desde el momento en que se radicaron los documentos y sin obtener respuesta alguna, elevó un derecho de petición al ISS, el cual fue respondido mediante comunicación del 3 de octubre de 2005 donde se le informó que había sido aprobada la licencia de maternidad y en el término de 60 días se estaría realizando el pago.

- Con fecha 26 de octubre de 2005 y ante la necesidad de que se le pagara la licencia de maternidad, mediante otro derecho de petición solicitó a la entidad el giro inmediato del monto de la prestación.

- El veinte (20) de diciembre de 2005, la entidad le comunica que las órdenes de pago estaban en proceso de asignación presupuestal, para su posterior abono en la cuenta suministrada.

- Nuevamente, transcurridos tres meses de la anterior respuesta, radicó un tercer derecho de petición ante el ISS, haciendo un recuento de todo lo sucedido y solicitando con urgencia el giro del dinero correspondiente a la licencia de maternidad y a las incapacidades médicas.

- El veinticinco (25) de abril de 2006, le respondieron que las solicitudes de incapacidades médicas y de maternidad se habían devuelto por un NIT inválido.

Solicita se ordene el pago de su licencia de maternidad y de las incapacidades médicas por todos los perjuicios que le causó la demora del ISS en el autorizar su cancelación.

Se allegaron al expediente de tutela, las siguientes pruebas que resultan relevantes para la revisión de este caso:

- A folio 14, copia del certificado de licencia de maternidad número 110040018587.
- A folio 5, respuesta del ISS con fecha 25 de abril de 2006.
- A folios 9 y 11, copias de los escritos contentivos de los derechos de petición elevados al ISS por la accionante.
- A folio 21, copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante.

### 3. Intervención de la entidad accionada

El Seguro Social interviene en el presente asunto para defender su actuación en el proceso de la referencia y para el efecto señala lo siguiente:

Las incapacidades por enfermedad general y maternidad correspondientes a la señora YOLANDA BUITRAGO, ya se encuentran liquidadas y aprobadas por la EPS- ISS, sin embargo, al momento de realizar la consignación a la cuenta suministrada por la accionante, la misma fue devuelta por la tesorería del ISS, alegando "NIT INVÁLIDO". Por tal razón, mediante oficio 1-3-1 No. 2413 del 25 de abril de 2006, dando respuesta al derecho de petición elevado

por la accionante, se le informó que debía aportar una nueva certificación bancaria con la finalidad de proceder a la reexpedición del valor económico de las incapacidades; a la fecha de presentación de la tutela no se ha presentado la certificación requerida.

En relación con la vulneración del derecho de petición, la EPS accionada sostuvo que ha dado respuesta de fondo a las peticiones de la accionante mediante oficios 1-3-1 No. 2413 de abril de 2006, 1-3-1 No. 6744 de diciembre de 2005 y 1-3-1 No. 5402 de octubre de 2005, copia de los cuales fueron aportados por la accionante al expediente de tutela.

#### 4. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito del Bogotá, mediante fallo del veinticinco (25) de julio de 2006, decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados. Los argumentos de la sentencia se resumen en que (i) no es clara la afectación al mínimo vital de la accionante y (ii) que la presente tutela no cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la procedencia excepcional del pago de la licencia de maternidad, especialmente el relativo al término máximo para interponer la demanda ante el juez constitucional una vez ocurrido el nacimiento del niño.

En efecto, el fallo hace alusión a algunas sentencias proferidas por esta Corporación relativas al carácter de prestación económica de la licencia de maternidad y por ende, susceptible de reclamarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, salvo que concurren las exigencias previstas por la jurisprudencia constitucional. En el presente caso sostuvo, no se cumple el requisito del término para acudir a la tutela, en tanto la hija de la accionante nació el 1º de febrero de 2005, y la tutela se interpone en el mes de julio de 2006, pasado el año que exige la jurisprudencia para la procedencia de la tutela por concepto de licencia de maternidad.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en el auto proferido el 29 de septiembre de 2006 por la Sala de Selección de Tutelas número nueve.

### 2. Problema jurídico

La tutela que se revisa niega el amparo constitucional en consideración a que no se cumplen las exigencias fácticas a que hace alusión la jurisprudencia de la Corte en relación con la procedencia de la tutela en los casos de licencia de maternidad. Para el juez de instancia, la actora no logró comprobar la afectación de su subsistencia mínima vital, y no interpuso la tutela en el tiempo indicado en la jurisprudencia constitucional.

En estas circunstancias, la Sala verificará los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para la procedencia de la tutela en el pago de prestaciones económicas y la protección constitucional especial de la mujer gestante y de su hijo.

### 3. La licencia de maternidad y su protección constitucional

La Constitución Política ha establecido una especial protección para la mujer, tal como lo señala el artículo 431 de la Carta Política, el cual además de destacar que el hombre y la mujer tienen iguales derechos y oportunidades, prevé protección especial de ésta última durante el embarazo, el post parto y frente a las responsabilidades familiares que la misma debe asumir<sup>2</sup>.

En este sentido, el Código Sustantivo del Trabajo estipula, en su artículo 236, que “Toda 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(..)”, quiere decir, entonces, que el legislador desarrolla las disposiciones constitucionales sobre protección a la mujer y al recién nacido, al concederles un espacio en que la madre puede prodigar los cuidados que requiere el infante y lograr así la adaptación psicosocial y familiar del mismo, sin preocuparse de laborar para procurarse el sustento.<sup>3</sup>

Señala la jurisprudencia constitucional:

“La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que la licencia de maternidad genera dos situaciones particulares: se instituyó como una garantía laboral que tiene la mujer que ha dado a luz, para disponer de un periodo de ochenta y cuatro (84) días, a efectos de recuperarse físicamente y poder permanecer al lado de su nuevo hijo, y, de otra parte, garantizarle un ingreso económico que percibiría si siguiera laborando normalmente, y que tiene por objeto también, respaldar los gastos de la madre y su hijo. De esta manera el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad garantiza la subsistencia de la madre y el niño, mientras la madre se reincorpora a su actividad laboral” <sup>4</sup>.



La protección a la maternidad, comporta así una licencia y una prestación económica que compensa el salario que la madre deja de percibir mientras se repone de la gestación y cuida del recién nacido, razón por la cual esta Corte ha señalado que el juez de tutela es competente para restablecer los derechos fundamentales de la madre y del menor, siempre que se desconozcan durante el embarazo y el parto, hasta que el infante alcance el primer año de vida. Señala la Corte<sup>5</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>6</sup>.

Lo que significa que durante el año siguiente al alumbramiento la mujer gestante puede acudir en demanda de amparo ante el juez constitucional, para lograr el reconocimiento y pago de las prestaciones por maternidad<sup>7</sup>, si se considera que la acción ordinaria laboral no resulta eficaz para proteger de manera inmediata el mínimo vital y los derechos tanto de la madre como del recién nacido.<sup>8</sup>

#### 4. Caso concreto

La señora Yolanda Buitrago Calderón interpuso acción de tutela contra el Seguro EPS por considerar que esta entidad se encuentra vulnerando sus derechos al mínimo vital y el derecho fundamental de su hija menor al negarse a pagar las licencias médicas y la licencia de maternidad a que tiene derecho. Según el recuento fáctico narrado en la demanda de tutela, la accionante duró 15 meses tramitando el pago de la licencia de maternidad, pese a que radicó los documentos un mes después de ocurrido el nacimiento de su hija. La sentencia de instancia negó el amparo constitucional, por considerar que no se cumplen las exigencias que la jurisprudencia ha previsto para la procedencia de este tipo de tutelas, específicamente la relativa a la época de presentación de la misma.

Sea lo primero señalar, que en relación con la solicitud de pago de algunas incapacidades médicas que la accionante pone de presente en su tutela, la Corte considera que se trata de la discusión de un asunto netamente económico, y corresponde a una controversia que debe ser propuesta, tramitada y resuelta por un juez ordinario laboral, toda vez que no se vislumbra por este aspecto, vulneración alguna de los derechos fundamentales de la actora.

El tema que sugiere este caso concreto y la sentencia objeto de revisión es entonces saber, si el comportamiento de la entidad accionada violó el derecho de la accionante al pago de su licencia de maternidad y analizar si realmente se alteró el requisito de oportunidad en punto a la presentación de la demanda de tutela que reclama el pago de una licencia de maternidad.

Recuerda la Sala en primer lugar, que la accionante presentó la tutela en el mes de julio de 2006 esto es, transcurrido aproximadamente un año y 5 meses después del nacimiento de su hija (1º de febrero de 2005). Dado que según lo tiene definido la jurisprudencia, la acción de tutela puede ser instaurada dentro del año siguiente al nacimiento del niño, podría pensarse que en este caso, la madre no estaba en tiempo de solicitar el pago de la licencia de maternidad por este medio de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, es preciso señalar a este respecto, que en la presentación de una tutela por reclamo del pago de la prestación económica por maternidad, opera igualmente la prelación de la sustancia sobre la forma<sup>9</sup> y por ende, cuando se demuestra que la demora en presentar una acción de tutela con este tipo de solicitud, no es atribuible a la interesada sino a las entidades encargadas de tramitarla, la tutela debe proceder, en orden al postulado mencionado. Una aplicación formal del término de un año, sin atender las circunstancias de cada caso concreto, haría claramente nugatorio los derechos establecidos en el ordenamiento superior para las madres gestantes y sus hijos recién nacidos.

En el presente caso, está plenamente demostrado que la accionante presentó la reclamación para el pago de la licencia de maternidad un mes después del nacimiento de su hija, y la entidad accionada en una primera respuesta, mediante comunicación del tres (3) de octubre de 2005, le informó que ya había sido aprobada la licencia; el veinte (20) de diciembre del mismo año, le indica que las órdenes de pago estaban en proceso de asignación presupuestal y el veinticinco (25) de abril de 2006, le responde que las incapacidades se habían devuelto por un NIT inválido. Es decir, la peticionaria una vez inició el disfrute de su licencia, inició los trámites propios para la consecución de su respectivo pago, ante la misma entidad, pero tales gestiones se extendieron hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, sin culpa.

La entidad accionada, en una evidente descoordinación administrativa, y dando una respuesta tardía a los derechos de petición que la actora interpuso, resultó violando derechos que merecen un amparo inmediato, pues el posible error en el NIT, que aduce el ISS para dilatar el pago de la licencia por maternidad, hubiera sido detectado desde un principio cuando se radicaron los documentos y no 15 meses después de haberle además generado la expectativa de que la licencia se pagaría en dos meses. En ocasiones similares, la Corte ha sostenido que no son los usuarios del Sistema de Salud quienes deben soportar tales falencias y mucho menos ver afectadas sus condiciones de vida ante la negligencia administrativa de entidades como la demandada.

Frente a la protección especial de que gozan la mujer gestante y el recién nacido, valga reiterar lo dispuesto por esa misma Sala en la sentencia T-512 de 2006, en el sentido de que las entidades obligadas al pago de la prestación económica no pueden idear requisitos diferentes al pago de los aportes para enervar el cumplimiento de su obligación de procurar el sustento de la madre gestante y de su hijo recién nacido, durante el primer año de vida de éste, mediante el reconocimiento del derecho al descanso remunerado de la progenitora.

Por todo lo anterior, la Corte considera que la acción de tutela presentada por la señora

YOLANDA BUITRAGO CALDERÓN deberá concederse; por consiguiente, se ordenará a dicha E.P.S. el pago de la licencia de maternidad dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente determinación.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR por las razones expuestas en esta decisión, la sentencia dictada por el Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá, y en consecuencia CONCEDER a la señora YOLANDA BUITRAGO CALDERÓN el amparo de sus derechos a la maternidad y al recién nacido.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Segundo. En consecuencia ORDENAR al Seguro Social 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.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, Comuníquese, Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Constitución Política. Artículo 43: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

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

2 En este sentido el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece como obligación de los Estados Parte prodigar medidas adecuadas para que la maternidad no se convierta en un factor de discriminación contra la mujer. Para el efecto señala que los Estados deben “implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales”.

De igual manera el numeral 1° del artículo 4° del Convenio sobre la protección de la maternidad -C 183- de 2000- dispone que “Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas”.

En el mismo sentido la Recomendación sobre la protección de la maternidad -R 191-2000-, señala que “Los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el artículo 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos.”

3Sobre las prestaciones a las cuales tiene derecho la mujer trabajadora, el Convenio 103 de 1952 de la OIT, entre otras previsiones, dispone:

“Artículo 3: 1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un

descanso de maternidad.

2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.

3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda. (..)

Artículo 4: 1. Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas.

2. Las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. (..)".

4Sentencia T-743A de 2000.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Renteria en igual sentido consultar Sentencia T-444 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

8 Ver en este sentido, T-568 de 1996, T-104 de 1998, T-365 de 1999 y T-458 de 1999, entre otras.

9 Constitución Política. Artículo 228 : "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.