

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando se está ante el mínimo vital

PAGO LICENCIA DE MATERNIDAD-Necesidad de establecer periodo de gestación/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Necesidad de establecer periodo de gestación

Debe manifestarse por esta Sala que la duración del periodo de gestación constituye elemento fundamental para establecer la procedencia de la prestación económica por maternidad de las madres que iniciaron su embarazo con posterioridad a la vigencia del Decreto 806 de 1998, conforme al cual, para tener derecho a la licencia por maternidad remunerada la trabajadora debe cotizar, cuando menos, durante todo el periodo de la gestación. Además debe resaltarse que, aunque la prestación en referencia, por conformar uno de los mecanismos de protección de la maternidad, tiene categoría de derecho fundamental, debido a su conexidad con el derecho al descanso remunerado, que procede reclamar por vía de tutela, la protección no es posible, ni siquiera como mecanismo transitorio, cuando no sea clara la existencia misma del derecho. En consecuencia como la definición del derecho de la accionante es competencia del juez ordinario, a través de un debate probatorio con la plenitud de las garantías procesales, en el que además de las pruebas científicas requeridas y debidamente controvertidas, resulte posible aclarar las dudas observadas, la acción instaurada no es procedente.

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T- 272.308

Acción de tutela instaurada por Adriana Patricia Amézquita Londoño contra el Seguro Social-Seccional Cauca.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre del año dos mil (2000).

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán para resolver la acción de tutela instaurada por la señora Adriana Patricia Amezcua Londoño contra la Seccional Cauca del Seguro Social.

## I. ANTECEDENTES

La señora Adriana Patricia Amézquita Londoño instauró acción de tutela en contra de la Seccional Cauca del Seguro Social, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La actora consideró que la entidad vulneró sus derechos a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas, al denegarle el reconocimiento y pago de la prestación económica por maternidad, no obstante haber cumplido con los requisitos legales exigidos para acceder a la misma.

### 1. La demanda

La accionante manifiesta que es afiliada al Seguro Social y que durante su afiliación quedó en estado de embarazo, el cual terminó con un parto prematuro el día 15 de marzo de 1999. Aduce que a la fecha del parto había cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el tiempo que duró la gestación.

Manifiesta que en razón a que le asiste el derecho al pago de la prestación económica por maternidad, por cuanto cotizó durante todo el período de la gestación, solicitó ante la entidad demandada su reconocimiento y pago; empero la obligada, mediante la Resolución No. 077 del 13 de mayo de 1999, denegó la solicitud aduciendo que la accionante no había cotizado durante todo el tiempo de su embarazo, como lo dispone el Art. 63 del Decreto 806 de abril 30 de 1998, afirmación que encuentra contraria a la verdad.

La demandante señala que, con la decisión tomada, el Seguro Social vulneró su derecho a la igualdad -Art. 13 C.P.-, pues le negó injustificadamente la prestación económica que todas las madres trabajadoras deben recibir en condiciones iguales en caso de maternidad, como también su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas -Arts. 25 y 53 C.P- que debe gozar de la protección especial del Estado y en el que se incluyen los principios de igualdad y de solidaridad social. Añade que se encuentra en situación de indefensión frente al Seguro Social y que reclama un derecho protegido por la Constitución Política, cuya no realización le ha causado un perjuicio irremediable porque afectó su mínimo vital, circunstancia que hace

tardío el uso de cualquier otro medio judicial de protección.

Por todo lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales ordenando la liquidación y pago de la licencia por maternidad a su favor, de conformidad con la ley.

## 2. Intervención de la entidad accionada

La Seccional Cauca del Seguro Social, por intermedio de apoderado judicial, contestó las acusaciones de la demandante diciendo que la solicitud de reconocimiento y pago de licencia de maternidad fue denegada porque la asegurada no cumplió con el requisito del artículo 63 del Decreto 806 de 1998 -que le es aplicable-, conforme al cual, para tener derecho a dicha prestación, se requiere haber cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud un período igual al de la gestación. Para sustentar su afirmación se apoya en el certificado de incapacidad, expedido por la misma entidad a nombre de la invocante -No. I -764062 de marzo 15 de 1999-, según el cual ésta cotizó al Sistema por un período de 7 meses y 15 días, mientras que la gestación habría durado ocho meses.

La entidad accionada sostiene, a manera de conclusión, que con su decisión de negar el pago de la prestación económica solicitada por la accionante no le vulneró ningún derecho fundamental, toda vez que a la misma no le asistía el derecho a reclamar la prestación económica por maternidad y, agrega, que como entidad de seguridad social en salud y empresa industrial y comercial del Estado debe someterse a las leyes y reglamentos que la rigen a la seguridad social, inspirados en los principios de universalidad y solidaridad, de los cuales se deduce que a quien no ha cumplido los requisitos exigidos, no le es dable invocar la protección del Sistema.

## 3. Pruebas

### 3.1. Pruebas aportadas durante la instancia.

\* Copia de la Resolución Número 077 de mayo 13 de 1999, proferida por el Seguro Social, por medio de la cual se deniega la solicitud del pago de la licencia de maternidad a la actora, considerando que la misma no cumple con el requisito del artículo 63 del Decreto 806 de abril 30 de 1998.

\* Copia del escrito mediante el cual la accionante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la resolución anotada en el punto anterior, reafirmando que hizo cotizaciones al Sistema de Salud durante un tiempo igual al de la gestación, como quiera que éste no pudo ser de 9 meses, en virtud de que el parto fue prematuro, conforme a la constancia médica que allegó a la entidad y a que se hace referencia en el punto siguiente.

\* Copia simple de la constancia médica, expedida por el Dr. Eyder Burbano Adrada, con fecha 15 de marzo de 1999, según la cual, "...el parto de la señora Adriana Amezcuita L. fue necesario adelantarlo al 8o. mes por insuficiencia placentaria mediante cesárea."

\* Copia simple de la Resolución Número 157 de junio 23 de 1999 que resuelve el recurso de reposición, interpuesto por la actora, confirmando lo dispuesto por la Resolución 077 de mayo 13 de 1999 y declarando improcedente el recurso subsidiario de apelación.

\* Copia simple del certificado de incapacidad o licencia por maternidad, expedido por el Seguro Social el 15 de marzo de 1999, por un término de 84 días, a partir de su expedición.

\* Oficio del 28 de septiembre de 1999, expedido por el Jefe de Departamento de Pensiones del Seguro Social- Seccional Cauca, con el fin de remitir la relación de semanas cotizadas por concepto de pensiones y salud a nombre de la accionante, donde aparecen reportadas 8 semanas correspondientes a los meses de enero y febrero de 1999.

\* "Reporte de Pagos de Trabajadores Independientes y Servicio Doméstico", aportado por el

apoderado del Seguro Social en el que aparece la constancia, a nombre de la actora, de haber cotizado desde el 14 de agosto de 1998 hasta el 9 de julio de 1999.

## 1. Pruebas decretadas por la Sala de Revisión

Esta Sala ordenó a la entidad accionada remitir copia de la Historia Clínica de la actora y copia de su carpeta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. También se solicitó al facultativo que expidió la certificación relativa al período de la gestación -Dr. Eyder Burbano Adrada-, aclarar la misma con respecto del número de semanas especificando, además, los elementos utilizados para su diagnóstico y conceptuando si puede presentarse respecto del período de preñez algún margen de error y, que, en caso afirmativo, indicara el mismo.

\* En cumplimiento de lo anterior, el Seguro Social remitió tres (3) fotocopias de formularios de vinculación correspondientes a la accionante y copia de la Historia Clínica de la misma, la cual contiene además la "HISTORIA CLINICA DE RECIEN NACIDO"(DM- Forma 044) ". En este documento constan los siguientes hechos relevantes para el asunto en estudio:

-Fecha del parto: 15 de marzo de 1999 (folios 67, 70, 77, 78, 80).

-Fecha posible del parto según diagnóstico prenatal: 1º-2 de abril de 1999 (folios 72 y 90).

-Fecha de la última menstruación: 24 de junio de 1998 (folios 90 y 72).

-Diagnósticos Definitivos: Embarazo a Término (folios 71, 72, 78, 95) e insuficiencia placentaria (71, 77, 85).

El Dr. Burbano Adrada, en cambio, no remitió la información solicitada. Debido a su omisión se le debió requerir mediante oficio para que lo hiciera y, además, por haber notado la Sala divergencias entre la certificación expedida por éste y las anotaciones de la Historia Clínica - al parecer realizadas por el mismo-, relativas al período de embarazo, se le solicitó que explicara por qué, según la aludida certificación, "el parto de la señora Adriana Amézquita L.

fue necesario adelantarlo al 8o mes (...)” mientras que al interior de la Historia Clínica, se lee “embarazo a término”.

En respuesta a lo anterior el profesional requerido, mediante comunicación enviada a esta Corporación, afirma que el parto de la señora Adriana Patricia Amézquita fue prematuro por maduración prematura de la placenta, que el alumbramiento fue el 3 de marzo de 1999, a la edad “gestacional” de 36 semanas y 2 días. Aclara que la menstruación previa al embarazo ocurrió el 24 de junio de 1998 y que “En este caso por el peso del recién nacido como por su buena respuesta ventilatoria (pulmonar) clínicamente se consideró como embarazo a término”.

#### 4. La decisión judicial que se revisa

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, mediante providencia del 1 de octubre de 1999, declaró improcedente el amparo solicitado por la actora por considerar que la accionante debía reclamar su prestación ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Para fundamentar su decisión el a-quo, inicialmente, analizó varias sentencias de esta Corporación en las cuales se examinó la problemática surgida a raíz de la decisión de las entidades prestadores de salud de negar la prestación económica por maternidad a aquellas trabajadoras que habiendo iniciado su embarazo en vigencia del Decreto 1938 de 1994, dieron a luz estando vigente el Decreto 806 de 1998 1; para concluir que debido a que el embarazo de la actora se inició en vigencia de la última disposición, la jurisprudencia constitucional no le era aplicable.

De otra parte, luego de analizar el acervo probatorio, el juzgado de instancia determinó que la actora no cotizó durante todo el período de su preñez, afirmación que lo llevó a concluir que no le asiste a la accionante el derecho a exigir la protección invocada. Para el efecto se apoyó en el reporte de pagos aportada por entidad accionada, conforme con el cual, aquella habría cotizado un total de 7 meses, mientras que el embarazo, conforme con la certificación médica, fue de ocho meses. No obstante el a quo instó a la actora para que acudiera a la justicia ordinaria con miras a obtener el pago de la prestación reclamada, previa comprobación de su derecho.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

## 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la anterior providencia de tutela, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y, en cumplimiento del auto de fecha 17 de enero de 2000, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de esta Corporación.

Corresponde a la Sala revisar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, que negó la acción interpuesta por la señora Adriana Patricia Amézquita Londoño contra el Seguro Social- Seccional Cauca, porque, al decir de la accionante, la entidad prestadora de salud le negó el pago de la prestación económica por maternidad, desconociéndole sus derechos fundamentales a igualdad, trabajo y seguridad social y ocasionándole un perjuicio irremediable.

Así las cosas, aunque la decisión del juez de instancia se habrá de confirmar, corresponde reiterar la jurisprudencia de esta Corporación relativa a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la prestación económica por maternidad, en todos aquellos casos en los cuales el derecho a la misma es claro y la madre hace la reclamación durante el período de la licencia, porque es la necesidad de suministrar a la madre los recursos económicos necesarios, para que puede dedicarse de lleno a la recuperación de su salud, y a la simultánea atención que el recién nacido requiere, lo que hace de esta prestación un derecho fundamental que se puede reclamar por vía de tutela.

En consecuencia la Corporación reitera la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, por esta vía excepcional, cuando la renuencia de la entidad, a cuyo cargo está el mismo, vulnera los derechos fundamentales que la Constitución Política reconoce a la madre y al recién nacido. Por cuanto los artículos 43 y 44 de dicho ordenamiento colocan a la mujer embarazada bajo la especial asistencia y protección del Estado y reconocen el derecho de los niños a la vida, integridad física, salud, y alimentación equilibrada, entre otros, lo cual implica que la madre trabajadora tiene derecho a un descanso remunerado durante la etapa subsiguiente al parto y que debe, durante este período, prodigar al recién nacido los cuidados que solo ella está en capacidad de brindarle<sup>2</sup>. Por lo anterior, en varias jurisprudencias la Corte ha insistido que la prestación económica por maternidad no es una prestación legal ordinaria, salvo cuando se reclama por fuera del

período de descanso subsiguiente al parto. Al respecto ha dicho la Corporación:

“(…)La protección integral a la maternidad es uno de los principios que conforman la conciencia mundial de los derechos inalienables de la persona humana. Desde su primera reunión, adelantada en Washington en 1919, la Conferencia Internacional del Trabajo consagró el derecho de la mujer trabajadora al descanso remunerado antes y después del parto, por considerarlo trascendente para la salud física y mental de la madre y del niño; empero la Declaración Universal de los Derechos del Hombre fue mas allá, comprometió a los Estados miembros de las Naciones Unidas en la protección integral de la maternidad, de la cual el derecho al descanso remunerado es tan solo uno de sus componentes.

De ahí que nuestra Constitución Política hubiese incluido la protección integral de la maternidad como derecho fundamental, respecto a la madre y al niño, categorización que no permite darles a los desarrollos legislativos que la hacen efectiva la calificación de derechos de simple rango legal o contractual como lo pretenden los jueces de instancia. Empero, esto no significa que necesariamente la prestación económica por maternidad deba reclamarse por vía de tutela, porque desaparecida la conexidad del derecho a la remuneración con el descanso, concedido mediante la licencia por maternidad, para lograr su reconocimiento, condena y pago, ante la renuencia del obligado, debe acudirse a la justicia laboral ya sea por la vía ordinaria o ejecutiva.

Esta Corporación ha considerado que la Carta Política de 1.991, con miras a garantizar a la efectividad de los derechos constitucionalmente establecidos, reconoce la existencia de grupos sociales destinatarios de una protección especial, entre los cuales se encuentra la mujer en estado de embarazo, que por esta circunstancia se hace acreedora a la especial asistencia y protección estatal<sup>3</sup> y puede invocar, para la efectividad de la misma, la intervención del juez constitucional por vía de tutela<sup>4</sup>. Las razones que han llevado a la Corte a conceder el amparo del derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y que han motivado la revocatoria de las decisiones de los jueces de instancia que han negado el amparo por improcedente, en Sentencia T-210/99 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, se concretaron así:

a) La Constitución de 1991 en su artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste

subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada; protección íntimamente relacionado con derechos fundamentales no sólo del menor sino de la madre, dado que el mínimo vital de éstos puede verse afectado en este período.<sup>5</sup> b) La licencia de maternidad es un término genérico que incluye el descanso y el pago del salario que hubiese devengado durante el mismo período; su objeto es la manutención de la madre y del recién nacido para que el restablecimiento de la madre sea posible, ya que de no darse se pondría en peligro la salud de ésta y del recién nacido. c) El derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica por maternidad no es un derecho de rango legal cuando amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido y, en consecuencia, la ley no puede establecer requisitos que lo desconozcan o dilaten su reconocimiento.”<sup>6</sup>

### 3. El caso concreto

Corresponde a la Sala determinar si, como lo afirma la actora, procede por vía de tutela ordenar el reconocimiento y pago de la prestación económica por maternidad, porque en su sentir, contrario a lo afirmado por la entidad accionante, cumplió el requisito legal de haber cotizado, al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de la gestación.

Ahora bien, ha de recordarse que la acción de tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, es un mecanismo excepcional, aplicable únicamente para la protección de los derechos fundamentales respecto de los cuales el ordenamiento no ha diseñado un trámite especial o cuando, de haberse establecido, el mismo no resulte capaz de evitar la realización del perjuicio que sigue a la vulneración del derecho. Además, la acción de tutela por ser un mecanismo ágil e informal, tanto en su formulación como en la vinculación e intervención de los contrarios, requiere para su procedencia que de la existencia del derecho en disputa no exista duda, o que de existir la incertidumbre sea de aquellas que pueden dilucidarse sumariamente, es decir, mediante la aportación de pruebas que mas que demostrar los hechos en si, confirmen su evidencia. Porque de no ser así se violaría el principio constitucional del debido proceso, al dar pleno valor probatorio a medios que no fueron contradichos, por las partes.<sup>7</sup>

En consecuencia, si el médico tratante certifica que el alumbramiento -que haría exigible el derecho invocado-, ocurrió mediante operación cesárea el 3 de agosto de 1999, mientras que en la Historia Clínica de la gestante y del recién nacido, como también en el certificado de

incapacidad, que obran en autos, se afirma que éste ocurrió el 15 de agosto; si el médico tratante afirma que la gestación duró ocho meses -36 semanas-, empero en la Historia Clínica se lee que el período de preñez fue de 38 semanas; si el facultativo que atendió a la gestante certifica que el parto “fue necesario adelantarlo”, pero éste y otros profesionales, que atendieron a la actora en el alumbramiento, anotaron en la Historia Clínica de la misma, fue “a término”. Y, teniendo en cuenta que las anteriores divergencias no pudieron ser aclaradas, no obstante la Sala haberlo intentado mediante el decreto oficioso de pruebas, la acción de tutela no puede prosperar, porque para el caso que nos ocupa -como quedó dicho- la ley ha previsto el procedimiento ordinario que debe tramitarse ante la jurisdicción laboral.

De esa manera, teniendo en cuenta que la accionante dispone de un medio de defensa apropiado para lograr la protección de sus derechos fundamentales, con la amplitud probatoria requerida para que puede aportar las pruebas que considere pertinentes y contradecir las contrarias, no es viable la acción de tutela con miras a obtener el reconocimiento y pago de un derecho incierto, aunque este tenga la categoría de fundamental.

De otra parte, tampoco procede conceder a la accionante el amparo invocado como mecanismo transitorio porque, cuando existe duda respecto de la existencia misma del derecho, también cabe igual incertidumbre respecto del perjuicio irremediable, puesto que si es incierto su derecho a reclamar la protección constitucional, no puede invocar haber sufrido aflicción cierta por la negativa de la entidad accionada.

En conclusión, debe manifestarse por esta Sala que la duración del periodo de gestación constituye elemento fundamental para establecer la procedencia de la prestación económica por maternidad de las madres que iniciaron su embarazo con posterioridad a la vigencia del Decreto 806 de 1998, conforme al cual, para tener derecho a la licencia por maternidad remunerada la trabajadora debe cotizar, cuando menos, durante todo el periodo de la gestación. Además debe resaltarse que, aunque la prestación en referencia, por conformar uno de los mecanismos de protección de la maternidad, tiene categoría de derecho fundamental, debido a su conexidad con el derecho al descanso remunerado, que procede reclamar por vía de tutela, la protección no es posible, ni siquiera como mecanismo transitorio, cuando no sea clara la existencia misma del derecho. Lo anterior porque, si bien

es cierto que las madres pueden invocar la especial asistencia del Estado en la época del parto, con independencia de su situación de mujer trabajadora aportante al Sistema de Seguridad Social en Salud, para que proceda esta protección resulta necesario la demostración de la ausencia de recursos que hagan posible su descanso y la atención a la criatura - Art. 43 C.P.-, empero esta protección no se invocó como tampoco se probó la necesidad de asistencia por parte de la accionante.

En consecuencia como la definición del derecho de la accionante es competencia del juez ordinario, a través de un debate probatorio con la plenitud de las garantías procesales, en el que además de las pruebas científicas requeridas y debidamente controvertidas, resulte posible aclarar las dudas observadas, la acción instaurada no es procedente y por ende la decisión del juez de instancia habrá de confirmarse.

No obstante, con independencia del eventual debate probatorio, teniendo en cuenta las aparentes contradicciones del médico tratante, en especial las inconsistencias observadas entre la Historia Clínica, la certificación aportada por la actora al interponer el recurso de reposición contra la resolución que el negó la prestación y la respuesta dada por el facultativo a los requerimientos de esta Corporación, tanto respecto del período de preñez, como de la fecha misma del alumbramiento, la Corte habrá de ponerlas en conocimiento de las entidades respectivas para que, de considerarlo pertinente, se adelanten las debidas investigaciones.

### III. DECISION

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

#### R E S U E L V E:

Primero.- Confirmar el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el primero (1°) de octubre de 1999, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Adriana Patricia Amézquita Londoño contra el Seguro Social- Seccional Cauca.

Segundo.- Ordenar que por Secretaría General se oficie a la Fiscalía General de la Nación remitiéndole copia de todo lo actuado para que, de considerarlo pertinente, inicie las

investigaciones de rigor con miras a establecer la veracidad de los documentos aportados a este expediente y que conforman su acervo probatorio, debido a las inconsistencias observadas en los mismos que se ponen de presente en la parte motiva de esta providencia.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Las Sentencias citadas fueron T- 149 y T- 175 de 1999 y T-792 de 1995.

2 Ver entre otras las Sentencias T-139, T-210, T-380, T-458, T-558, T-667, T-805 de 1999 y las Sentencias T-466 y T-595 de 2000.

3 T-739/98 M.P. Hernando Herrera Vergara

4 Cfr. Entre otras, T-192/98; T-093 y 139 de 1999.

5 En igual sentido consultar, entre otras, T-568/96; T-662 y 270 de 1999; T-139/99

6 T-467/2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

7 T-815/2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis