

Sentencia T-1208/08

ACCION DE TUTELA-Pagos proporcionales o completos de la licencia de maternidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS dependiendo del caso en los procesos acumulados

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Término

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago a la madre aunque exista ausencia del hijo

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que una de las finalidades de la licencia por maternidad tiene como objeto velar por la satisfacción del derecho al mínimo vital de la madre y/o de su hijo, pero no puede ser entendida esta finalidad en el sentido de que la ausencia del hijo excluya a la madre del derecho, ya que esta interpretación es contraria a la protección especial que la Constitución le brinda a la mujer y a la maternidad.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago aunque cotización se interrumpió 22 días

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago proporcional por cuanto la interrupción en los aportes a salud fue de ocho semanas

LICENCIA DE MATERNIDAD-Presentación oportuna de pago

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

Referencia: expedientes T-1987123, T-1995605, T-1999523, T-1991321, T-2000111 y T-2007078.

Acciones de tutela promovidas por Sandra Milena Linares Martínez, Ángela del Pilar Parra Quintero, Leidy Lorena López Acevedo, Shirley Moyano Henao, Fanny Milena Olivilla Añez y Ingrid Tatiana Orozco Remolina contra las EPS Salud Total, Cruz Blanca, Servicio Occidental de Salud S.O.S, Coomeva y Saludcoop

Tema: licencia por maternidad

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por:

- El Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla Atlántico y el Juzgado Quinto Penal del Circuito del mismo lugar, en la acción de tutela instaurada por Sandra Milena Linares Martínez contra Salud Total EPS. (Expediente T-1987123).
- El Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C, dentro de la acción de tutela instaurada por Ángela del Pilar Parra Quintero contra Cruz Blanca EPS. (Expediente T-1995605).
- El Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales Caldas, dentro de la acción de tutela instaurada por Leidy Lorena López Acevedo contra la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S. (Expediente T-1999523).
- El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle), dentro de la acción de tutela instaurada por Shirley Moyano Henao contra la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S. (Expediente T-1991321).
- El Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca (la Guajira), dentro de la acción de tutela instaurada por Fanny Milena Olivilla Añez contra Coomeva EPS. (Expediente T-2000111).
- El Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira Valle, dentro de la acción de tutela instaurada por Tatiana Orozco Remolina contra Saludcoop EPS. (Expediente T-2007078).

Mediante auto de agosto (22) de 2008, la Sala de Selección de Tutelas No. 8 de esta Corporación, decidió seleccionar los procesos de tutela radicados bajo los números T-1987123, T-1995605, T-1999523, T-1991321, T-2000111, para su revisión ante la Corte.

Posteriormente, la Sala Novena de Revisión de esta Corporación mediante auto de octubre (31) de 2008, acumuló el expediente T-2007078 a los expedientes atrás referenciados, atendiendo a la igualdad de materia que ostentan para ser fallados en la misma sentencia.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-1987123

La señora Sandra Milena Linares instauró acción de tutela contra Salud Total EPS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la maternidad, a la seguridad social, a la igualdad, a la protección de la familia, a la mujer cabeza de hogar, de los niños, a la dignidad, al mínimo vital y a la vida, con fundamento en los siguientes:

1.1 Hechos

-Sostiene que se encuentra afiliada a la EPS Salud Total desde el mes de diciembre del año 2006.

-Indica que el 12 de julio de 2007, dio a luz en la clínica la Merced un bebé sin ningún problema.

-Comenta que por motivo del nacimiento de su hijo se le otorgó incapacidad y licencia por maternidad, situación por la cual procedió a reclamarla ante la entidad accionada, encontrando que esta negó la autorización argumentando: “NÚMERO DE SEMANAS DE COTIZACIÓN INFERIOR AL NUMERO DE SEMANAS DE GESTACIÓN”.

Con fundamento en los hechos enumerados, considera que se le están vulnerando sus derechos fundamentales referenciados, ya que es una empleada independiente y “no tengo un empleador, dependo exclusivamente de mi salario, el cual me sirva para costear vivienda, salud, alimentación, y la licencia de Maternidad constituye para la suscrita el mínimo vital del recién nacido, de mis otros hijos y el mío propio”.

1.2 Contestación de la entidad demandada

El representante judicial de la EPS accionada para la sucursal de Barranquilla, se opuso a las pretensiones de la accionante manifestando que los motivos por los cuales se negó el pago de la licencia fueron precisamente el hecho consistente en que las semanas cotizadas por la actora fueron inferiores a su periodo de gestación, situación que por contera generó el

motivo legal de la imposibilidad de la EPS para acceder al pago de la licencia por maternidad.

“Por ello si tomamos en consideración que la fecha de su afiliación fue el 15 de diciembre de 2006, tenemos que el numero de semanas cotizadas ininterrumpidamente hasta la fecha del parto (12 de julio de 2007) de la actora fue de veintiocho semanas y cuatro días (28.4) cotizadas aproximadamente confrontado por el numero de semanas de gestación que fue de treinta y ocho semanas tenemos que de acuerdo a lo establecido por la Ley, no resulta posible para que la EPS SALUD TOTAL acceder al reconocimiento de la prestación económica solicitada por la actora en este caso”.

Agrega que al momento de realizar la afiliación al sistema de seguridad social en salud tenía 2 meses de gestación, incumpliendo de esta manera lo estipulado por la ley que es haber cotizado durante todo el periodo de gestación.

Igualmente, transcribió la normativa y la jurisprudencia que considera que apoya sus argumentos, se refirió a la no existencia de la obligación de cubrir el cargo económico por parte de la EPS, al deber del juez de tutela de evitar la indebida destinación de recursos públicos.

Por todo lo anterior, solicita que se deniegue por improcedente la acción de tutela interpuesta y en su lugar se instruya a la afiliada en el sentido de que la EPS Salud Total, no se encuentra obligada a la asunción del pago de la licencia por maternidad reclamada, en virtud de que no se encuentran dados los presupuestos legales para ello.

De manera subsidiaria solicitó que en el improbable evento en el cual se accediera a las pretensiones de la accionante, se autorizara el pago de forma proporcional a lo cotizado; conforme a la jurisprudencia de la Corte que así lo señala.

1.3 DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

Primera Instancia

El 3 de septiembre de 2007, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla, decidió denegar el amparo por improcedente. El juez, después de tratar los temas del periodo mínimo de cotización y responsabilidad del empleador, el pago de la licencia por maternidad

en caso de breves periodos de no cotización, la vulneración del mínimo vital, la oportunidad para interponer la acción de tutela, la presunción del mínimo vital y de los medios de prueba, concluyó:

“En resumen, los medios de prueba dan cuenta que para la época del parto la accionante SANDRA MILENA LINARES MARTINEZ habría cotizado tan solo 29 semanas al sistema integral de seguridad social en salud, sin que se aviste la prueba de que el nacimiento de su hijo fue prematuro, por lo que resulta coherente concluir que no cumplió con su carga de cotizar durante el termino de 38 semanas que duro la gestación de su hija, por tanto no cumplió con las cotizaciones que se exige para tener derecho a la licencia de maternidad, mandato que se encuentra matizado actualmente por lo dicho por la honorable Corte Constitucional en su sentencia T-1243 de 2005 y T-194 de 2007, cuando ordena que la EPS cubra el importe del periodo de licencia de maternidad en el evento que la accionante haya cotizado un periodo no inferior al periodo de gestación menos de 30 días”.

Sobre la base de lo anterior, encontró que la negativa de la EPS se ajusta en todo al ordenamiento jurídico, pues debe tenerse en cuenta que los recursos del sistema son limitados. De otra parte, se refirió a que en vista que la trabajadora trabaja de forma independiente, no le corresponde la carga al empleador de solventar el pago de la licencia por maternidad.

Impugnación

La accionante impugnó el fallo de primera instancia, sin sustentar los motivos de su inconformidad.

Segunda Instancia

1.4 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

* Fotocopia del certificado de nacido vivo A 8041991 en el que figura la señora Sandra Lineras como madre (folio 7).

- * Fotocopia del carné de afiliación a Salud Total EPS de la señora Linares (folio 8).
- * Formato de negación de pago de la licencia por maternidad membretado de la EPS Salud Total (folio 9).
- * Declaración rendida por la señora Linares ante una notaria en la que declara que es madre soltera y tiene a cargo una hija y que el único ingreso proviene de su trabajo (folio 10).
- * Fotocopia del certificado de incapacidad o licencia por maternidad expedido por Salud Total EPS (folio 11).
- * Fotocopia del documento de identificación de la señora Linares (folio 13).
- * Escrito allegado a esta Corporación el 24 de septiembre de 2008, en el cual el representante legal de la EPS accionada, esencialmente reitera la mayoría los argumentos expuestos en la contestación de la tutela; realizando especial énfasis en el improbable evento en el cual la Corte acceda al amparo, para que el pago de la licencia por maternidad se ordene de forma proporcional a las semanas cotizadas.

II. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-1995605

Ángela del Pilar Parra Quintero instauró acción de tutela contra la EPS Cruz Blanca, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad, con fundamento en los siguientes:

2.1 Hechos

- Manifiesta que se encuentra afiliada interrumpidamente a la EPS accionada desde el 2 de noviembre de 2000.
- Comenta que es una mujer cabeza de familia, soltera, con una hija menor y en una difícil situación económica.
- Indica que el 13 de abril de 2008 nació su segunda hija Sara Parra, la cual falleció como consecuencia de una leucemia el 2 de junio del presente año.
- Aduce que el 3 de junio pasado solicitó el reconocimiento y pago de la licencia por

maternidad. No obstante, la entidad le negó el pago alegando la no cotización durante todo el periodo de gestación.

-Agrega que desde mayo 15 de 2008 hasta el día del fallecimiento, su hija estuvo hospitalizada por estar presentando complicaciones medicas, diagnosticándosele “Leucemia Mieloide aguda m6”; motivo que llevó a que se le practicaron múltiples exámenes que no fueron cobijados por el POS y que ante la urgencia de los mismos, fueron sufragados por la accionante ascendiendo a la suma de (\$561.000) más (\$ 505.520) que costaron los gastos funerarios, dinero que pidió prestado.

2.2 Contestación de la entidad demandada

El Director administrativo regional de la EPS Cruz Blanca se opuso a las pretensiones de la peticionaria bajo el argumento de que “NO COTIZÓ ININTERRUMPIDAMENTE DURANTE EL PERIODO DE GESTACIÓN”.

Afirma que si bien la accionante en general tiene 272 semanas de cotización, presentó “interrupción en los aportes de los meses de junio y julio, así las cosas para la fecha del parto 13 de abril de 2008, la usuaria registro 37 semanas de cotización contra 38 de gestación.”

Posteriormente, se pronunció sobre la normativa aplicable a este tipo de casos y agregó que lo que se persigue es la satisfacción de un derecho de contenido patrimonial motivo por el cual la acción de tutela resulta improcedente.

Para concluir, manifestó los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela para reclamar el pago de la licencia por maternidad y del derecho a obtener el recobro ante el Fosyga.

Por lo expuesto, solicitó que se declare improcedente la presente acción de tutela, con la salvedad que si el amparo resulta favorable a la actora, se autorice el respectivo recobro al Fosyga.

2.3 DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

Única de Instancia

El 10 de julio de 2008 el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, decidió denegar el amparo por improcedente. A juicio del fallador la tutela tiene vocación de prosperidad conforme al criterio contenido en la sentencia T-530 de 2007, en la que la Corte Constitucional manifestó que cuando el periodo dejado de cotizar es inferior a 2 meses, procede el pago integro de la licencia. Sin embargo, para el juez el fin de la licencia por maternidad es la satisfacción de la madre y del recién nacido durante el tiempo que ella no este laborando. Situación que en el presente caso no se presenta en la medida que la niña recién nacida falleció como consta en el expediente y como lo constata su madre en la declaración rendida ante el despacho.

Del mismo modo, agregó que según la Corte Constitucional las controversias que se susciten en materia de derecho prestacional a la licencia por maternidad, deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria laboral.

2.4 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

- * Fotocopia del certificado de incapacidad o licencia por maternidad denegada por Cruz Blanca EPS (folio 7).
- * Fotocopia de los exámenes practicados a la hija fallecida de la accionante y exámenes de diagnostico (folios 8, 10, 13, 14 y 18).
- * Fotocopia del certificado de defunción de la hija de la accionante (folio 12).
- * Fotocopia de los costos de los servicios funerarios y no POS que le fueron prestados a la hija de la accionante (folios 15, 16 y 17).
- * Declaración rendida ante el juzgado único de instancia por parte de la accionante (folio 25).
- * Escrito allegado a esta Corporación el 10 de octubre de 2008, por medio del cual una apoderada judicial de la EPS accionada, solicita que se confirme el fallo que se revisa. En el

escrito pregunta a la Sala de revisión si “¿existe obligación legal por parte de las entidades Promotoras de Salud en cuanto al reconocimiento de las licencias de maternidad, cuando no se haya cotizado ininterrumpidamente durante la totalidad del periodo de gestación?”. De otra parte expone como argumentos para que se confirme el fallo: jurisprudencia de esta Corporación relacionada con la licencia por maternidad, los requisitos legales para acceder a la dicha licencia y el derecho a obtener el recobro del Fosyga.

III. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-1999523

Leidy Lorena López Acevedo instauró acción de tutela contra la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales y los de su hijo a la igualdad, a la seguridad social, a la salud y a la dignidad consagrados en la Constitución nacional.

3.1 Hechos

-Afirma que inició a laborar con una empresa de la ciudad de Manizales el 1 de febrero de 2007, desarrollando la labor de auxiliar administrativa hasta la fecha de la interposición de la acción de tutela.

- Explica que desde el inicio de su relación laboral fue afiliada a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS siendo realizados los aportes por su empleador.

-Menciona que estando vigente su vinculación laboral y aportes al sistema, el 13 de noviembre de 2007 nació su hijo.

-Aduce que el 22 de noviembre de 2007, solicitó el pago de la licencia por maternidad, para lo cual la entidad respondió que no era posible el pago de en la medida que los pagos no se efectuaron de forma oportuna, por lo menos 4 meses de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

-Agrega que en el siguiente caso opera la figura del allanamiento a la mora, ya que la EPS accionada acepto los pagos efectuados por su empleador.

Ponderando los hechos narrados solicita que se tutelen los derechos fundamentales alegados y en consecuencia que se ordene a la EPS accionada que cancele la licencia por maternidad a

la que tiene derecho.

El 24 de abril de 2008 el Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales, ordenó correr traslado de la acción de tutela a la EPS accionada, entidad que vencido el término para tal efecto, no hizo pronunciamiento alguno acerca de la acción de tutela presentada en su contra.

3.3 DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

Única de Instancia

El 12 de mayo de 2008 el Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales, no tuteló el amparo solicitado. Los argumentos expuestos por la juez, se tradujeron en que conforme a los requisitos legales contemplados en el Decreto 47 de 2000, se debe cotizar ininterrumpidamente al sistema de seguridad social, con la salvedad que la jurisprudencia de la Corte en excepcionales casos ha otorgado el amparo cuando se interpone la acción de tutela dentro del primer año de vida del niño, cuando se presenta la figura del allanamiento a la mora o cuando se vulnera el derecho al mínimo vital.

Ponderando los anteriores requisitos, la juez encontró que se cumplen los dos primeros, pero frente al tercero correspondiente a la afectación del mínimo vital, manifestó: “al momento de instaurarse la presente acción, transcurridos 5 meses 9 días de haber tenido el bebé, ya se había reintegrado la misma a su vida laboral desde el mismo momento en que le venció la licencia de maternidad, percibiendo desde entonces la suma mensual de \$504.000.00, además de la devengada por su esposo que devenga el salario mínimo...”.

Aclaró que con la decisión no quiere decir que la accionante no tenga derecho a la licencia, sino que la acción de tutela no es la vía expedita para ello, debiendo acudir la accionante a la jurisdicción laboral para efectuar la respectiva demanda.

3.4 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

* Fotocopia del comprobante de rechazo de indemnización (folio 10).

- * Fotocopia de la incapacidad por maternidad de la accionante (folio 12).
- * Fotocopia del certificado de nacido vivo de la hija de la accionante (folio 13).
- * Fotocopia de formularios de autoliquidación de aportes con el formato de la EPS accionada y con el del empleador de la accionante (folios 20 a 118).
- * Declaración rendida ante el juzgado único de instancia por parte de la accionante (folios 129 y 130).

IV. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-1991321

La señora Shirley Moyano Henao interpuso acción de tutela contra la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales “al mínimo vital y condiciones dignas”.

4.1 Hechos

-Menciona que inició a trabajar el 2 de enero de 2007, habiendo firmado contrato el 19 de diciembre de 2006, época en la cual la empresa realizó todas las pruebas de rigor vinculándola a la EPS demandada y realizando los aportes respectivos.

- Puntualiza que “cuando Salí de mi embarazo el día 24 de agosto / 07 reclamo mi licencia de maternidad y la S.O.S me la niega x que me faltaron 22 días de cotizar...”.

- Agrega que le pidió a la empresa temporal para la cual trabajaba al momento de la interposición de la acción de tutela, con el fin de que le respondiera, pero que esta también se la niega.

Por los hechos expuestos solicita que se obligue a la empresa temporal UNO A o a la EPS Servicio Occidental de Salud que le cancelen su licencia por maternidad.

4.2 Contestación de la EPS accionada

Por intermedio de apoderada judicial la entidad accionada se opuso a las pretensiones realizando una introducción de la forma en la que a su juicio funciona el régimen contributivo de salud. Posteriormente, habló del plan obligatorio de salud, para manifestar que frente al

caso concreto “en nuestra base de datos encontramos interrupción para los meses de septiembre, Octubre, Noviembre y diciembre de 2007 y inicia nueva cotización en los periodos de Enero de 2006, por lo cual a la fecha de parto (24 de agosto de 2006) contaba con 29 semanas de cotización en forma interrumpida, según certificado de nacido vivo (A 8233343) el recién nacido contaba con 38 semanas de gestación, tiempo superior al cotizado a la fecha de inicio de la prestación económica.”

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye: “no cotizó en forma interrumpida al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el periodo de gestación; por lo cual basados en la normatividad vigente no se puede realizar el reconocimiento económico...”.

1. Contestación de la empresa Temporales UNO A Bogotá S.A.

La representante legal de la empresa referenciada, se opuso a las pretensiones manifestando que no está en la obligación de cancelar la licencia por maternidad de la accionante, ya que ella estuvo afiliada durante todo el periodo de gestación a una EPS y los aportes fueron cancelados para que su trabajadora recibiera protección.

Adicionalmente, manifestó que la acción de tutela no es el mecanismo especializado para llevar a cabo este tipo de discusiones de carácter pecuniario, razón por la cual dicha acción debe ser ventilada ante la jurisdicción laboral. De otra parte, manifestó que en el presente caso no se está presentando un perjuicio irremediable a la accionante por el no pago de la licencia.

4.4 DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

Única de Instancia

El 26 de marzo de 2008 el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, denegó el amparo solicitado por la accionante, en razón a que no se cumplen los requisitos legales para acceder al mismo, habida cuenta que la actora no ha cotizado al sistema de forma ininterrumpida, ya que en la base de datos de la entidad se evidencia interrupción para los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006 : “(...) pues obsérvese que al momento de dar a luz (24 de agosto de 2007), venia cotizando desde enero

de 2007, contando solo con 29 semanas de cotización de las 38 de gestación”.

Sumado a lo anterior, manifestó que no se demostró afectación del mínimo vital de la accionante y su hijo, al punto que en ningún momento la peticionaria se refiere a tal evento y solo encamina su pretensión a obtener el pago de su licencia, sin enunciar cual necesario es para su subsistencia y la de su hijo, si tan siquiera mencionar si la satisfacción del mínimo vital depende del mencionado pago.

4.5 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

- * Fotocopia de un certificado expedido por la clínica en la que se le practicó el parto a la señora Shirley el 24 de agosto de 2007 (folio 3).
- * Fotocopia del comprobante de rechazo de indemnización expedido por la EPS accionada (folio 4).
- * Fotocopias del carné de afiliación y cedula de ciudadanía de la accionante (folios 5 y 6).
- * Copias de 6 comprobantes de pago de aportes al sistema de salud (folios 33 a 38).

V. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2000111

Fanny Milena Olivilla Añez instauró acción de tutela contra la EPS Coomeva, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad, los derechos de los niños y a la protección especial a la maternidad.

5.1 Hechos

-Pone de presente que se encuentra afiliada a Coomeva EPS, en calidad de cotizante desde el 13 de agosto de 2007.

-Advierte que el 25 de enero de 2008 dio a luz de forma espontánea a su hijo. De igual forma

señala que una vez la dieron de alta le entregaron certificado de licencia por maternidad.

-Menciona que adelantó los trámites de cobro de la licencia ante la EPS demandada, siendo negada bajo el argumento de que los desembolsos efectuados al sistema de seguridad social, habían sido efectuados con posterioridad a las fechas ordenadas por ley, sumado a que no cumplía la exigencia del tiempo de cotización continuo y completo.

-Aduce que acude a este amparo, ya que no tiene otras fuentes de ingresos para satisfacer las necesidades y gastos que genera el periodo de lactancia y los cuidados especiales que requiere su hijo recién nacido.

Con base en los hechos enunciados y en las “distintas jurisprudencias de la Corte Constitucional”, pide que se le cancele la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

1. Contestación de la entidad demandada

En escrito remitido al juez de conocimiento el 31 de marzo de 2008, la auditora medica de Coomeva EPS, luego de exponer el marco normativo del sistema general de seguridad social en salud, se pronunció de la siguiente manera frente al caso concreto: “El empleador gira los aportes de manera ininterrumpida a favor de la accionante desde el 12 de septiembre de 2007, fecha en la cual la accionante comienza a laborar con esta empresa, no cumpliendo con uno de los requisitos que regulan el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y es el de cotizar ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Solo cotiza 17 semanas de las 36 que regularmente dura el periodo de gestación. Es decir se afilia con cuatro meses de embarazo aproximadamente.”

Adicionalmente, expone que no existió oportunidad en los pagos hechos al sistema en calidad de trabajadora dependiente, ya que dos de sus últimos cinco pagos de aportes se realizaron de forma extemporánea por parte del empleador.

Por ultimo, manifestó que si los argumentos expuestos son desestimados, solicita que se ordene el pago proporcional de la licencia al tiempo cotizado.

5.3 DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO

Única de Instancia

El 31 de marzo de 2008 el Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca en la Guajira, denegó la presente tutela. Consideró el juez de conocimiento que de conformidad con el acervo probatorio y los argumentos expuestos por las partes, se advierte que “la presente tutela no puede prosperar habida consideración de que la accionante solo cotizó cinco meses de los nueve meses del periodo de gestación, toda vez que la accionante se afilió a la empresa accionada desde el mes de agosto de 2007 y dio a luz el 25 de enero de 2008, lo que quiere decir que la señora FANY MILENA OLIVELLA AÑEZ, no cumplió con uno de los requisitos que establece la ley...”.

Por tanto, concluye que la accionante no puede pretender que se le cancele la licencia por maternidad, por un lado porque no cotizó durante todo su periodo de gestación y por el otro porque no se cancelaron oportunamente los aportes al sistema de seguridad social en salud.

5.4 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

- * Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la accionante (folio 6).
- * Fotocopia de la incapacidad por maternidad o certificado de licencia de la accionante (folio 7).
- * Fotocopia de la epicrisis del parto de la señora Fanny Olivilla (folio 8).
- * Fotocopia de certificado de nacido vivo A 8102450 (folio 9)
- * Fotocopia de formularios de autoliquidación de aportes a salud con el formato del empleador de la accionante (folios 14 a 19).

VI. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2007078

Ingrid Tatiana Orozco Remolina instauró acción de tutela contra SaludCoop EPS, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, a la seguridad social y a la dignidad humana.

1. Hechos

-Manifiesta la accionante que su afiliación a la EPS SaludCoop data del 15 de enero de 2003 y en sus palabras que fue “(...) el día 17 de diciembre de 2006 fecha probable del parto el 19 de septiembre de 2007 Saludcoop EPS. Manifestó a no pagarme mi incapacidad por haber dejado de cotizar durante 12 días, pues advierten que no hubo continuidad en dicho pago, dado que mi retiro de la empresa Hurtado Miller Landy, fue voluntario, ya que me ofrecieron otro empleo con un mejor salario, debido a esto fueron 17 días los cuales no coticé, de hecho en ese lapso de tiempo no pude constatar mi estado de gravidez, como lo pretenden dar a entender la entidad que por esa causa no me pagaran mi incapacidad a la que tengo derecho”.

-Ante tal situación, la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales, y para ello pide que se ordene a la referenciada EPS SaludCoop EPS que se ordene el correspondiente pago de su licencia por maternidad.

1. Contestación de la entidad demandada

Mediante documento de fecha 5 de mayo de 2008, el representante judicial de la EPS SaludCoop, dio respuesta a la presente tutela. Señaló dicho funcionario que frente a la reclamación hecha por la accionante en relación con el pago de la licencia por maternidad a la cual la actora asegura tener derecho, no es viable por cuanto, “NO COTIZÓ ININTERRUMPIDAMENTE DURANTE EL PERIODO DE GESTACIÓN”.

De esta forma, argumenta que la peticionaria no cumple los requisitos señalados por el Decreto 806 de 1998, 1804 de 1999 y el Acuerdo 047 de 2000, en relación con los aportes requeridos para reclamar el pago de la mencionada prestación.

Así mismo, adiciona que en el presente caso se pretende la satisfacción de un derecho de contenido patrimonial o económico, objetivo para el cual, la acción de tutela resulta improcedente como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiterados fallos. Por ultimo, se refirió a la procedencia excepcional de la acción de tutela, los requisitos legales para el pago

de la licencia por maternidad y sobre el derecho a obtener el recobro ante el Fosyga, en el evento que se imponga a esa entidad el pago de la licencia por maternidad.

6.3 DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

Única de Instancia

En sentencia del 8 de mayo de 2008, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira Valle, decidió no conceder la tutela en cuestión. Inicialmente realizó algunas precisiones acerca de la finalidad de la licencia por maternidad como mecanismo judicial para reclamar la licencia por maternidad.

Posteriormente, vistas las pruebas obrantes en el expediente, manifestó que en el interregno en el cual la accionante dejó de trabajar con su antiguo empleador y el nuevo, interrumpió su cotización 16 días, tiempo en el cual la accionante quedó embarazada y se produjo la “no cotización ininterrumpida durante el periodo de gestación”. Por ello, manifestó que la entidad no es responsable ya que se debe estar a paz y salvo con la misma si se quiere acceder a la multicitada licencia.

De otro lado, se pronunció en el sentido que en el presente caso no se presenta vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante, ya que se radicó la acción después del termino de la incapacidad, presumiéndose que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y de su hijo durante ese lapso.

5.4 Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente

Del material probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

* Fotocopia de la incapacidad por maternidad o certificado de licencia de la accionante (folio 3).

* Respuesta a la petición realizada por la peticionaria respecto de su licencia (folios 4 y 5)

- * Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la accionante (folio 6).
- * Declaración rendida por la peticionaria ante el juzgado único de instancia (folios 9 y 10).
- * Escrito allegado a esta Corporación el 22 de octubre de 2008, por medio del cual un apoderado judicial de la EPS demandada, solicita que se confirme el fallo que se revisa. En el escrito pregunta a la Sala de revisión si “¿existe obligación legal por parte de las entidades Promotoras de Salud en cuanto al reconocimiento de las licencias de maternidad, cuando no se haya cotizado ininterrumpidamente durante la totalidad del periodo de gestación?”. Así mismo, expone como argumentos para que se confirme el fallo: jurisprudencia de esta Corporación relacionada con la licencia por maternidad, los requisitos legales para acceder a la dicha licencia y el derecho a obtener el recobro del Fosyga.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes planteados en cada caso, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se vulneran los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes, al no autorizárseles el pago de sus respectivas licencias por maternidad.

Para solucionar el anterior problema jurídico, la Sala estudiará la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con: (i) la naturaleza y finalidad de la licencia por maternidad; (ii) los períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad; (iii) el allanamiento a la mora; (iv) la oportunidad para interponer la acción de tutela para obtener el pago de la licencia por maternidad; y por ultimo (v) la solución de los casos concretos.

3. Naturaleza y finalidad de la licencia por maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional en materia de licencia por maternidad ha propugnado por armonizar

la Constitución con las disposiciones legales que regulan la materia. Respecto del origen constitucional de esta prestación laboral, el artículo 43 de la carta 1991 establece:

“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 asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. (Subrayado fuera de texto).

En la misma línea de protección, el artículo 44 de la Constitución consagra como prevalentes los derechos fundamentales de los niños, los cuales también son objeto de protección cuando se trata del pago de la licencia por maternidad. Tales derechos fundamentales son: “(...) la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada...”, de éstos derechos se deriva el complemento o sustento económico contenido en la licencia por maternidad que permite la satisfacción de las necesidades básicas arriba transcritas y contenidas en los artículos enunciados de la Constitución.

La fuente de orden legal proviene del ordenamiento jurídico laboral, expedido con anterioridad a la Constitución de 1991, el cual consagra la licencia como una protección a la maternidad y a los menores. Por ejemplo, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 19901, dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

La Corte Constitucional ha realizado la finalidad de la licencia por maternidad, en cuanto se orienta no solo a la recuperación física de la madre sino a la necesidad de que ella cuente durante dicho tiempo, con recursos económicos que le permitan satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su hijo recién nacido.

A manera de ejemplo, en la Sentencia T-543 de 2006, la Corte reiteró que la licencia por maternidad tiene como propósito reconocer y pagar a favor de la madre, un descanso que le “[permita] recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.”²

De la misma forma, la Corte en Sentencia T-559 de 2005, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto: "...permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida".³

Bajo esta misma línea en Sentencia T-664 de 2002, la Corte sostuvo que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital tanto de la madre como del menor y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

"...el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa".

"...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica"⁴. (Subrayado fuera de texto).

4. Los períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 3º numeral 2º del decreto 047 de 2000: "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”.

De esta manera, y de conformidad con el texto legal transcrito, la licencia por maternidad debe ser cancelada por la entidad de seguridad social que recibió las respectivas cotizaciones en salud, para lo cual se deberá comprobar que el empleador cumplió con el deber de cancelar los aportes respectivos ante la EPS correspondiente. De lo contrario, la EPS deberá probar que el empleador no pagó los aportes o que éstos fueron desestimados por extemporáneos; en éste caso, le corresponderá al empleador asumir el pago de la licencia por maternidad.

No obstante, a pesar de la existencia de los mencionados criterios legales la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que estos requisitos no se pueden aplicar de manera absoluta, en todos los casos, ya que la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital.

Así, la Corte ha considerado que, en ciertos casos, debe prevalecer el derecho sustancial, para no poner en peligro el derecho fundamental al mínimo vital de carácter prevalente de la madre y su hijo. Por esta razón se ha ordenado el pago integral de la licencia por maternidad aunque no se haya efectuado de manera continua los aportes a la EPS durante todo el periodo de gestación.⁵

En efecto, la Sala Novena de Revisión a concedido en varios casos⁶ el amparo solicitado por madres, a quienes se les había negado el pago de la licencia por maternidad, bajo el argumento de no haber cotizado durante todo el tiempo de la gestación, ordenando el pago completo de dicha licencia en los casos en que la madre había dejado de cotizar ocho semanas o menos durante el período de embarazo, reiterando lo que en éste sentido se había considerado en la sentencia T-053 de 2007.

Cabe resaltar, que además existen solicitudes de amparo de madres que han dejado de cotizar, durante el período de gestación, un lapso superior a ocho semanas, para los cuales, en sentencia T-530 de 2007 dispuso que procedía la tutela, pero ordenando el pago proporcional al tiempo que cotizó durante el embarazo.

La diferencia mencionada, en cuanto se tiene en cuenta el número de semanas cotizadas para disponer el pago completo o proporcional de la licencia por maternidad, tiene pleno soporte en la jurisprudencia de la Corte, en cuanto no puede introducirse un retroceso respecto de la línea jurisprudencial que venía reconociendo el pago completo de la citada licencia para aquellos casos en que la madre había dejado de cotizar ocho semanas o menos aproximadamente durante el período de gestación. Respecto de los otros casos, cuando se deja de cotizar por más de ocho semanas, será necesario examinar cada caso concreto a fin de determinar si dado el número de semanas cotizadas debe ordenarse el pago proporcional de la licencia, acogiendo la jurisprudencia citada, atendiendo a la necesidad de asegurar la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes a la seguridad social para garantizar el equilibrio económico del SGSSS, o también, podría darse un caso futuro en el que, dadas las circunstancias especiales, sea preciso ordenar el pago completo de la licencia cuando la madre ha cotizado menos de ocho semanas durante el período de gestación.

Atendiendo a los criterios expuestos, la aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación, es infundado; pero tampoco puede implantarse un criterio rígido, según el cual, solo se ordenaría el pago completo de la licencia por maternidad cuando se ha dejado de cotizar ocho semanas o menos durante el período de gestación. En efecto, si la cotización no se extendió a todo el período de gestación cuando la madre y el hijo dependan económicamente de la licencia por maternidad, deben aplicarse los criterios constitucionales y jurisprudenciales que propugnan para que durante el embarazo y después del parto, la mujer goce efectivamente de especial asistencia y protección del Estado, ya sea ordenando la totalidad o la proporción del pago según sea el caso.

5. Allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia.

Como se expresó en el numeral anterior, la obligación del empleador de cancelar de manera oportuna los aportes y cotizaciones ante la EPS respectiva a fin de garantizar el derecho a la salud de sus trabajadores, constituye una de las principales obligaciones a cargo del sector patronal del país, ya que pretende garantizar la protección del sector trabajador de la nación ante todas aquellas contingencias en materia de salud que puedan presentarse en desarrollo de la relación obrero-patronal, incluyendo el parto y el pago de la licencia por maternidad.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, atenta y conocedora de esta circunstancia,

y ante el argumento de las entidades prestadoras de salud de estimar el pago tardío para rechazar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ha desarrollado la figura del allanamiento a la mora, para darle paso al pago de la licencia por maternidad en garantía de los derechos de la madre y su hijo recién nacido⁷.

Por ejemplo, en la Sentencia T-291/05 la Sala Tercera de Revisión, expresó lo siguiente:

“...aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora...”

Bajo este mismo argumento la sentencia T-543/06, influenciada por la T-636/04, concluyó:

“...Esta Corporación ha sostenido que si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación, ésta última no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”.

“Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias o de forma incompleta y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el fenómeno del “Allanamiento a la mora”. En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos”.

En conclusión, aunque el empleador haya cancelado de manera extemporánea las cotizaciones para salud de sus trabajadoras, si la entidad acepta y recibe su pago en tales condiciones, quiere decir que se allanó a la mora respectiva, por lo que no puede tal empresa posteriormente negar el reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que se presentaría una contradicción entre el dinero pagado y el deber de proteger la contingencia que lo requiera; es decir por el mero hecho de la aceptación de la cancelación del dinero se configura el allanamiento a la mora. Esta circunstancia genera la obligación de proteger la

contingencia que requiera el afiliado al sistema de salud.

6. Oportunidad para solicitar el pago de la licencia por maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

Hasta antes de la expedición de la sentencia T-999/03 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, el criterio imperante para reconocer la licencia por maternidad a través de la acción de tutela, era si su pago se había solicitado dentro del término de los 84 días que establece la ley, posteriores a la fecha del parto. A partir de la citada Sentencia, se adoptó como criterio para disponer el pago de la licencia por maternidad a través de la acción de tutela, el que ésta se hubiere solicitado a la EPS dentro del término de un (1) año, contado a partir del parto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“...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”. 8

Esta sala reitera tal criterio, para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, siempre y cuando se constate la violación de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la seguridad social y el mínimo vital de la madre y del recién nacido.

7. Análisis de los casos concretos.

7.1. Conforme a los hechos, pruebas y jurisprudencia reseñada, descendiendo al caso de los expedientes acumulados, esta Sala entra a determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales, a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes, al no autorizárseles el pago de sus respectivas licencias por maternidad.

En los casos que se revisan, se advierten como razones comunes a las reclamaciones hechas por las demandantes, las siguientes⁹:

-Las actoras solicitan el pago de sus licencias por maternidad sustentándose en la Constitución Nacional y en la Jurisprudencia de la Corte que en distintos casos ha concedido

el amparo de mujeres en circunstancias similares a las de ellas.

-Las solicitantes se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de diferentes EPS en calidad de cotizantes dependientes.

- Las tutelantes recibían al momento de la interposición de las acciones de tutela, un ingreso base de cotización equivalente o alrededor de un salario mínimo legal mensual vigente.

- Las peticionarias señalan la urgencia del pago de la licencia por maternidad, pues lo necesitan para afrontar los gastos propios que se derivan del parto y porque es el medio de subsistencia con que cuentan para el sostenimiento propio, y el de sus hijos recién nacidos.

-Todas las accionantes reclamaron de manera oportuna el pago de la licencia por maternidad, entendido este concepto de oportunidad, como que la reclamación se hizo dentro del lapso de temporalidad planteado por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-999 de 2003, es decir, dentro del año siguiente al nacimiento de sus hijos.

-Las EPS accionadas manifestaron que la negación del pago de las licencias por maternidad se debió a que no se cumplieron los requisitos legales para autorizar la cancelación de las mismas. En algunos casos manifestaron que se denegaron, porque no se realizaron los aportes al SGSSS durante todo el período de la gestación y en otros, porque los pagos se efectuaron de forma extemporánea y en todos porque no se probó que se afectara el mínimo vital por la ausencia de los respectivos pagos.

- Los jueces que conocieron de los presentes casos, denegaron bajo similares matices los respectivos amparos, dando la razón a los argumentos expuestos por las entidades accionadas.

Puntualizadas las anteriores generalidades, se procederá a resolver de fondo los expedientes que se revisan, de la siguiente forma:

7.2 Expediente T-1987123

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela

Semanas cotizadas

Semanas de gestación

Semanas dejadas de cotizar

Sandra Milena Linares

Salud Total

12 de julio de 2007

17 de agosto de

2007

30

38

8

En relación con el caso de la señora Linares, la Sala encuentra que de acuerdo con el certificado de nacido vivo A 804199110 el periodo de gestación fue establecido en 38 semanas y según aparece probado se afilió a la EPS accionada el 15 de diciembre de 2006, época en la que según la entidad “la señora linares ya tenia 2 meses de gestación

(embarazo) al momento de realizar la afiliación al sistema...".11

De esta forma, si se cuentan las semanas desde la fecha de afiliación de la accionante hasta la fecha de nacimiento de su hijo, el resultado da que cotizó 30 semanas al sistema estando embarazada, dejando de cotizar (2) meses de todo su periodo de gestación, es decir, ocho (8) semanas, termino que en este caso específico se ubica justo en el límite temporal planteado por la jurisprudencia constitucional razón suficiente para reconocer la totalidad de la licencia por maternidad de la peticionaria.

En consecuencia, en el presente caso se revocarán las sentencias proferidas por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla Atlántico y la del Juzgado Quinto Penal del Circuito del mismo lugar. En su lugar, se concederá la tutela solicitada y se ordenará a la EPS salud Total, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho la señora Linares.

7.3 Expediente T-1995605

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela.

Semanas cotizadas.

Semanas de gestación.

Semanas dejadas cotizar

Ángela del Pilar Parra Quintero

Cruz Blanca

13 de abril de 2008

18 de junio de

2008

37

38

1

La señora Ángela del Pilar Parra Quintero el 13 de abril de 2008 dio a luz a su segunda hija, no obstante la misma falleció como consecuencia de una leucemia el 2 de junio del presente año.

Una vez solicitó el pago de la respectiva licencia por maternidad, la EPS accionada se opuso al pago alegando la no cotización durante todo el periodo de gestación.

Pues bien, en el presente caso conforme a lo afirmado por las partes, el periodo de gestación de la señora Parra fue de 38 semanas¹². Igualmente, se cuenta con la afirmación del representante de la entidad accionada que dice: “así las cosas para la fecha del parto 13 de abril de 2008, la usuaria registró 37 semanas de cotización continua contra 38 de gestación”¹³.

Frente a esta circunstancia, se puede concluir entonces, que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses frente al tiempo total de gestación, razón por la cual es procedente ordenar el reconocimiento de la totalidad de la licencia por maternidad solicitada.

No obstante, la Sala considera pertinente referirse al argumento esgrimido por el juez único de instancia que conoció de este asunto. Si bien es de reconocer que el fallador se encuentra

actualizado en la jurisprudencia que regula la materia al hablar del termino de los dos meses y reconocer que en el presente caso prosperaría el amparo, no puede dejar pasar por alto que el argumento angular para denegar la tutela se afincó en que no procedía ante el fallecimiento de la niña, puesto que a su manera de ver la situación el auxilio por maternidad tiene como fin “la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido durante el tiempo que esta no este laborando, situación fáctica ésta que en el presente caso en especial no se cumplen gracias a los elementos de prueba aportados por la propia accionante ”14.

Pues para resolver esta situación, la Sala considera pertinente traer a colación lo contemplado por el Código Sustantivo del Trabajo que en lo referente al caso, estipula:

“ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO. Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Toda 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 a disfrutar del descanso.

(...)

“ARTICULO 237. DESCANSO REMUNERADO EN CASO DE ABORTO.

1. La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

(...)

Como se puede apreciar, en el evento del articulo 236 la norma hace referencia a un derecho que tiene toda trabajadora en la época del parto, remunerado con el salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso; y el segundo el contemplado por el articulo 237 que trata el evento en el que se presente un parto prematuro o aborto, lo cual tiene como consecuencia que cambie el numero de semanas de descanso y la forma de remuneración,

situación que no se presenta en el presente caso ya que la hija de la señora Parra nació y completo el ciclo normal de su periodo de gestación, enmarcándose en la situación del artículo 236. No obstante, se presentó la nefasta consecuencia de fallecer el 2 de junio del presente año con tan solo 51 días de vida, tras las complicaciones de la enfermedad denominada “Leucemia Mieloide aguda m6”.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que una de las finalidades de la licencia por maternidad tiene como objeto velar por la satisfacción del derecho al mínimo vital de la madre y/o de su hijo, pero no puede ser entendida esta finalidad en el sentido de que la ausencia del hijo excluya a la madre del derecho, ya que esta interpretación es contraria a la protección especial que la Constitución le brinda a la mujer y a la maternidad.

Adicionalmente, en el caso concreto del expediente que se revisa, de una parte la EPS accionada no denegó la solicitud por la muerte de la niña; y por otra la accionante manifestó que requería el dinero para tratar de salvar la vida de su hija y determinar de forma oportuna su diagnóstico. Motivo por el cual le practicaron múltiples exámenes que no fueron cobijados por el POS y que ante la urgencia de los mismos fueron sufragados por la accionante ascendiendo a la suma de (\$561.000) pesos. Del mismo modo, puso de presente que incurrió en los gastos funerarios de su hija los cuales ascendieron a la suma (\$ 505.520), dinero que pidió prestado¹⁵. Incurrir en dichos gastos cuando no estaba en la capacidad de hacerlo, ante la falta de prueba en contrario de la entidad accionada, afectó ostensiblemente su mínimo vital, motivo por el cual es pertinente que proceda el pago de la licencia por maternidad en la proporción arriba señalada.

Sobre la base de lo expuesto se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. En su lugar se concederá la tutela y se ordenará a la EPS Cruz Blanca, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, reconozca la totalidad de la licencia por maternidad a que tiene derecho la señora Ángela del Pilar Parra Quintero.

7.4 Expediente T-1999523

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela

Semanas cotizadas

Semanas de gestación

Semanas dejadas de cotizar

Leidy Lorena López Acevedo

EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

13 de nov de 2007

22 de abril de

2008

39

0

En la acción de tutela incoada por la señora Leidy Lorena López Acevedo (que no fue contestada por la entidad demandada), según lo informado por la accionante la EPS denegó el pago de la licencia bajo el argumento “razones para el rechazo: Los pagos deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos cuatro (4) meses de los (6) meses

anteriores a la fecha de causación del derecho.”

Pues bien, conforme al acervo del expediente está probado según el certificado de nacido vivo A 747624 que el hijo de la señora López, nació el 13 de noviembre de 2007 con un periodo de gestación de 39 semanas. Del mismo modo, se cuenta con (98) folios aportados por la accionante en los que reposan los formularios¹⁶ de autoliquidación de aportes con el formato de la EPS accionada y con los del empleador de la accionante, correspondientes a los meses que duró la gestación.

Ahora, si bien se advierte que algunos pagos no se efectuaron dentro de los 04 primeros días del mes, la EPS accionada no se percató de la configuración del allanamiento en la mora, pues la entidad aceptó sin reparo alguno la cancelación de los aportes. Circunstancia que conforme al precedente de esta Corporación, el mero hecho de la aceptación del pago anula la posibilidad de negar la licencia por maternidad y configura el allanamiento en la mora, argumento bajo el cual no se puede negar el derecho a la licencia, tal como se expresó en la parte considerativa de esta sentencia.

En concordancia con lo manifestado, en el presente caso se revocará el fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales Caldas. En su lugar, se concederá la tutela solicitada y se ordenará a la EPS Occidental de Salud SOS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho la señora López, por cuanto en el presente caso operó la figura del allanamiento a la mora.

7.5 Expediente T-1991321

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela

Semanas cotizadas

Semanas de gestación aprox

Semanas dejadas de cotizar

Shirley Moyano Henao

EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S.

27 de agosto de 2007

5 de marzo de

2008

35 aprox

38

3 aprox

En el caso de la señora Moyano, está probado que se afilió a la EPS accionada el 20 de diciembre de 2006 y que afirma que dejó de cotizar al sistema tan solo 22 días de su periodo de gestación. Como argumento en contra, la EPS accionada respondió “en nuestra base de datos encontramos interrupción para los meses de septiembre, Octubre, Noviembre y diciembre de 2007 y inicia nueva cotización en los periodos de Enero de 2006, por lo cual a la fecha de parto (24 de agosto de 2006) contaba con 29 semanas de cotización en forma interrumpida, según certificado de nacido vivo (A 8233343) el recién nacido contaba con 38 semanas de gestación, tiempo superior al cotizado a la fecha de inicio de la prestación económica.”¹⁷

La Sala advierte incoherencias en el argumento presentado por la EPS accionada (i) está probado que el nacimiento del hijo de la señora Moyano se efectuó el (24 de agosto de 2007¹⁸) y no el 24 de agosto de 2006 como lo pretende hacer ver la entidad; (ii) si la EPS afirma que se presentó interrupción en los pagos durante “los meses de septiembre, Octubre, Noviembre y diciembre de 2007”, para el caso que se revisa este dato es irrelevante, puesto que se trata de los meses posteriores a la fecha del parto, no obstante, el empleador allegó al expediente prueba de las planillas de autoliquidación de aportes de los meses de julio a diciembre de 2007¹⁹, lo que se constituye como indicio de la cultura de pago del mismo; (iii) bajo la misma línea argumentativa, la entidad cita el número de un certificado de nacido vivo el (A 8233343) en el que según se indica que el recién nacido contaba con 38 semanas de gestación, pues bien, si la Sala le da credibilidad a este dato y calcula desde la fecha de nacimiento (24 de agosto de 2007) hasta la fecha de la afiliación (20 de diciembre de 2006), las semanas contenidas en este interregno son 35 aproximadamente, cantidad que a todas luces a pesar del margen de error en que se pueda incurrir, es menor a dos meses (8 semanas) respecto de su período estimado de gestación el cual incluso podría pasar de 42 semanas²⁰ y proceder del mismo modo el amparo que ordene el pago de la totalidad de la licencia.

Por lo tanto, ante la incoherencia del argumento presentado por la entidad accionada, lo cual denota la falta de credibilidad en su base de datos y la falta de prueba en contrario, la Sala da plena credibilidad a lo afirmado por la accionante y tiene por cierto que tan solo dejó de cotizar 22 días de su periodo de gestación, razón por la cual en este caso es procedente ordenar el reconocimiento total de su licencia por maternidad.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle). En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Shirley Moyano Henao, la totalidad de su licencia por maternidad.

7.6 Expediente T-2000111

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela

Semanas cotizadas

Semanas de gestación

Semanas dejadas de cotizar

Fanny Milena Olivilla Añez

Coomeva

25 de enero de 2008

14 de marzo de

2008

24

36

12

La señora Fanny Milena Olivilla Añez informó que se vinculó al SGSSS a través de la EPS Coomeva el 13 de agosto de 2007.

Del material probatorio obrante en el expediente se cuenta con el certificado de nacido vivo número A 810245021, que ilustra que su hijo nació el 25 de enero de 2008, con un periodo de gestación prematuro de 36 semanas. La EPS demandada, denegó el pago de la respectiva licencia bajo el argumento que los desembolsos efectuados al sistema de seguridad social, habían sido realizados con posterioridad a las fechas ordenadas por la ley, sumado a que no cumplía la exigencia del tiempo de cotización continuo y completo.

Frente al primer argumento relacionado con la extemporaneidad de los pagos, la Sala observa que a (folios 14 a 19), el empleador de la señora Olivilla canceló los aportes en salud a la EPS accionada por los meses de agosto de 2007 a enero de 2008. Ahora, si bien dos de esos pagos fueron cancelados extemporáneamente, la EPS accionada los aceptó operando automáticamente el allanamiento a la mora, en los términos ya señalados por la jurisprudencia de esta Corporación.

De otra parte frente al segundo argumento, la EPS demandada alega que tampoco se cumplió con el requisito de haber cotizado durante todo el periodo de gestación diciendo “(...) solo cotiza 17 semanas de las 36 que regularmente dura el periodo de gestación. ES DECIR SE AFILIA CON CUATRO MESES DE EMBARAZO APROXIMADAMENTE.”

Para la Sala la anterior afirmación no puede ser considerada como válida, en la medida que se advierten las siguientes falacias (i) un periodo de gestación como se vio en el caso del expediente T-199321 no dura regularmente 36 semanas, los lapsos reconocidos por la ciencia médica oscilan entre 37 y 42 semanas, por tanto dicho argumento no prospera; (ii) existe certeza por el certificado de nacido vivo referenciado que el parto fue prematuro de 36 semanas, así las cosas, lo que debe analizarse es cuantas fueron las semanas cotizadas desde la fecha de afiliación de la accionante hasta la fecha del parto; entonces si tenemos probado que la fecha de afiliación se realizó el 13 de agosto de 2007²² y la época del parto fue el 25 de enero de 2008, el anterior lapso da como resultado que la accionante cotizó a la EPS Coomeva durante su embarazo 24 semanas y no 17 como lo afirmó la EPS, ni mucho menos que se afilió con 4 meses de embarazo o que su periodo de gestación fue de nueve meses como lo manifestó el juez único instancia.

Por lo anteriormente expuesto, se puede considerar que la accionante dejó de cotizar más de dos meses (8 semanas) frente al tiempo total de su gestación. Por ello y porque no se aprecia

una circunstancia excepcional que indique la necesidad del pago total de la licencia, se ordenará el pago proporcional como subsidiariamente lo pidió el representante judicial de la EPS, debiéndose cancelar la proporción de licencia a las semanas determinadas en esta providencia y que en efecto fueron cotizadas por la señora Olivilla.

Por lo dicho, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca (la Guajira). En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la EPS Coomeva, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Fanny Milena Olivilla Añez, su licencia por maternidad en proporción a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

7.7 Expediente T-2007078

Accionante

EPS

accionada

Fecha de parto

Fecha de radicación acción de tutela

Semanas cotizadas

Semanas de gestación

Semanas dejadas de cotizar

Ingrid Tatiana Orozco Remolina

SaludCoop

19 de septiembre de 2007

23 de abril de

2008

39

2

En el asunto de la señora Ingrid Tatiana Orozco Remolina, la EPS accionada argumenta que denegó el acceso a licencia bajo el argumento de no haber cotizado durante todo el tiempo de gestación.

Pues bien, una vez observada la contestación de la demanda y el escrito por medio del cual la entidad deniega el acceso a la licencia, se observa un cuadro en el que se muestra la fecha de afiliación de la accionante y los empleadores con los que laboró, en este se relaciona que el empleador Hurtado Miller Landy la afilió a la EPS el (16-Agosto-2004) y la actora se retiró de esa empresa el (01-diciembre-2006), posteriormente trabajó en la empresa Proservis Temporales S.A desde el (18-diciembre-2006 hasta el 07-junio-2007), para finalmente pasar a la empresa Valencia Portocarrero Enrique afiliada desde el (01-junio-2007) sin interrupción hasta el momento del parto (19-septiembre-2007).

De los datos suministrados por la entidad se colige que el periodo de gestación de la señora Orozco fue establecido en 41 semanas, igualmente de las fechas relacionadas se advierte una interrupción del 1 de diciembre de 2006 al 18 del mismo mes, lapso que ostensiblemente es inferior a los dos meses (8 semanas) reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación, motivo que permite aseverar que la accionante tiene derecho al pago pleno de su licencia por maternidad.

De otra parte, la Sala no puede dejar pasar por alto que la juez única de instancia como argumento para denegar el amparo solicitado en este proceso, manifestó “con los anteriores razonamientos no se cumplen los requisitos para otorgarse la licencia de maternidad por vía de tutela al impetrarse la acción de tutela después del termino de incapacidad, sé presume

que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso...”.

Como se estudió en la parte considerativa de esta providencia, el término para solicitar el amparo de la licencia por maternidad es de un año contado a partir de la época del nacimiento y no de los 84 días que dura la licencia por maternidad, como lo pretendió hacer ver la juez de instancia.

Por lo dicho, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira Valle. En su lugar, se concederá el amparo, y se ordenará a la EPS SaludCoop, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Ingrid Tatiana Orozco Remolina, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

7.8 Vulneración del mínimo vital en los expedientes que se revisan.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y/o del recién nacido por el no pago de la licencia por 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 tutela. De esta forma, esta Corporación ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y/o de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia por maternidad, cuando devenga un salario mínimo²³ o cuando el salario es su única fuente de ingreso²⁴, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor para interponer la solicitud ante la entidad obligada, correspondiendo a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.²⁵

Teniendo en cuenta lo anterior y que las accionantes en los casos que se revisan (i) afirmaron de distintas maneras que no contaban con los recursos suficientes para garantizar su subsistencia digna; (ii) que al momento de la interposición de la acción de tutela contaban con un ingreso base de cotización equivalente o alrededor de un salario mínimo legal mensual vigente; y (iii) debido a que las tutelantes afirmaron que la falta de pago de sus licencias por maternidad afectaban su derecho al mínimo vital, ante la falta de prueba en contrario de todas las entidades accionadas, la Sala toma por ciertas las afirmaciones de las actoras y considera afectado el derecho al mínimo vital de las mismas.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y/o del recién nacido por el no pago de la licencia por 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 tutela.

Así, la falta de pago de la licencias por maternidad en los respectivos casos se traduce en la vulneración del mínimo vital de las accionantes y/o de su hijos²⁶. En esta medida dicha prestación les permitirá a las demandantes cubrir las necesidades que se derivan de su condición de maternidad y los requerimientos del sostenimiento de sus hijos y, de esta manera, garantizar su derecho a un ingreso mínimo vital que les permita proveerse de lo necesario para subsistir.

7.9. En conclusión, para la Sala, es indudable que en los casos objeto de revisión, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para conceder el amparo en materia de licencia por maternidad, por lo tanto los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes y de sus respectivos hijos, están siendo vulnerados por las entidades accionadas, al negarse autorizar el pago de dicha prestación en cada caso.

En consecuencia, por las razones y en los términos de esta sentencia, la Sala revocará las sentencias revisadas y concederá los amparos solicitados en las formas indicadas en cada caso, ordenando a las respectivas entidades, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo hubieren hecho, paguen a las accionantes en los montos debidos, las licencias por maternidad a las que tienen derecho.

VIII. DECISIÓN

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2007 por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla (Atlántico) y la del 23 de octubre de 2007 del Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, las cuales denegaron el amparo solicitado por la

señora Sandra Milena Linares Martínez, en el asunto del (Expediente T-1987123). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a Salud total EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la accionante, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida El 10 de julio de 2008 por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (D.C.), el cual denegó el amparo solicitado por la señora Ángela del Pilar Parra Quintero, en el asunto del (Expediente T-1995605). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a Cruz Blanca EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la peticionaria, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 12 de mayo de 2008 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Manizales (Caldas), el cual denegó el amparo solicitado por la señora Leidy Lorena López Acevedo, en el asunto del (Expediente T-1999523). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la actora, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

CUARTO.- REVOCAR la sentencia proferida el 26 de marzo de 2008 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali (Valle), el cual denegó el amparo solicitado por la señora Shirley Moyano Henao, en el asunto del (Expediente T-1991321). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la accionante, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

QUINTO.- REVOCAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2008 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca (la Guajira), el cual denegó el amparo solicitado por la señora Fanny Milena Olivilla Añez, en el asunto del (Expediente 2000111). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a la EPS Coomeva, que en el término de

las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la tutelante la licencia por maternidad, de manera proporcional a las semanas cotizadas que fueron determinadas en esta sentencia.

SEXTO.- REVOCAR la sentencia proferida el 8 de mayo de 2008 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira (Valle), el cual denegó el amparo solicitado por la señora Tatiana Orozco Remolina, en el asunto del (Expediente T-2007078). En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados y ORDENAR a la EPS SaludCoop, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la accionante, la totalidad de la licencia por maternidad a la que tiene derecho.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA T-1208 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento pleno de la prestación y no proporcional (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expedientes T-1987123, T-1995605, T-1999523, T-1991321, T-2000111 y T-2007078.

Acciones de tutela promovidas por Sandra Milena Linares Martínez, Ángela del Pilar Parra Quintero, Leidy Lorena López Acevedo, Shirley Moyano Henao, Fanny Milena Olivilla Añez y Ingrid Tatiana Orozco Remolina contra las EPS Salud Total, Cruz Blanca, Servicio Occidental de Salud S.O.S, Coomeva y Saludcoop

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito salvar parcialmente mi voto a esta sentencia respecto de los ordinales de la parte resolutive en los cuales se ordena reconocer sólo proporcionalmente a las actoras las licencias de maternidad a que tienen derecho, por cuanto discrepo del no reconocimiento pleno de la protección tutelar de los derechos fundamentales invocados.

A este respecto, me permito reiterar la posición jurídica de este magistrado, en cuanto a que considero que lo procedente es el reconocimiento pleno y no a medias de los derechos fundamentales, en este caso, el reconocimiento del pago total de la licencia de maternidad, mediante el cual se protege de manera efectiva los derechos tanto de la madre como del menor, sujetos de especial protección constitucional. Insisto por tanto, en que a juicio de este magistrado, lo que debe hacer la Corte Constitucional es ampliar la garantía plena de los derechos fundamentales, reconociendo en este caso, el pago de la totalidad de la licencia de maternidad, y no por el contrario, restringir la protección de tal derecho reconociendo sólo un pago parcial o proporcional.

Con fundamento en las anteriores razones, salvo parcialmente mi voto a la presente decisión de revisión de la acción tutelar.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 El contenido y requisitos de orden legal para el descanso remunerado en la época del parto,

están contenidos como se expresó en el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo y son:

1. Toda 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 a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al {empleador} un certificado médico, en el cual debe constar:

a). El estado de embarazo de la trabajadora;

b). La indicación del día probable del parto, y

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

2 Al respecto ver Sentencias T-743 A de 2000, T-568 de 1996 y T-999 de 2003.

3 Ver sentencia T- 640 de 2004.

4 En este sentido se pueden consultar las sentencias T-101 de 2002, reiterada por la sentencia T-118 de 2003.

5 Al respecto ver Sentencias T-210/99, T-304/04, T-1010/04, T-947/05, T-1205/05, T-1298/05, T-906/2006, entre otras.

6 Ver sentencias T-629 de 2007, T-667 de 2007, T-706 de 2007, T-754 de 2007 y T-893 de 2007.

7 Corte Constitucional, sentencias T-458/03, T-906/00, T-707/02; T-897/04.

8 En esta sentencia se concluyó que no era razonable que se permitiera que una madre perdiera el derecho al pago de la licencia por maternidad porque ha debido presentar la demanda dentro de los ochenta y cuatro (84) días de la licencia, cuando estaba probado en el expediente, que durante el último mes de su licencia por maternidad, presentó ante la EPS solicitud para el pago de la licencia que ya había sido reconocida por la entidad accionada entre el 31 de diciembre y el 24 de marzo de 2003. La tutela es presentada el 15 de mayo de 2003, dos meses después de que expirara la licencia, debido a que sólo hasta el 27 de marzo de 2003, se le contesta que sus aportes no habían sido tramitados en tiempo, respuesta que le generó la presentación de un derecho de petición para intentar nuevamente el reclamo ante la EPS aduciendo que los aportes sí fueron presentados de manera oportuna.

9 La metodología que se aplica para solucionar los presentes casos, puede confrontarse con la aplicada por la Corte en las recientes sentencias T-530/07, T-136/08 y T-781/08, en las que se estudiaron expedientes acumulados de licencias por maternidad.

10 Folio 12 del respectivo expediente.

11 Folio 16 del respectivo expediente.

12 Si bien no se cuenta con certificado oficial de las semanas de gestación, las dos partes coinciden en que la gestación fue de 38 semanas, folios 2 y 27 del respectivo expediente.

13 Folio 27 del respectivo expediente.

14 Folio 41 del respectivo expediente.

15 Dan fe de lo dicho las facturas obrantes a folios 15 a 18 del respectivo expediente.

16 Folios 20 a 118 del respectivo expediente.

17 Folio 15 del respectivo expediente.

18 Certificado expedido por el medico que atendió el parto, folio 3 del respectivo expediente.

19 Folios 33 a 38 del respectivo expediente.

20 Es de recordar que la ciencia medica tiene establecido los promedios normales de gestación en humanos “entre las 37 y 42 semanas de edad gestacional...” , para mayor información visitar http://es.wikipedia.org/wiki/Periodo_de_gestaci%C3%B3n#Humanos

21 Folio 9 del respectivo expediente.

22 Folio 11 del respectivo expediente.

23 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002, T-158 de 2001, T-1081 de 2000 y T-241 de 2000 y la reciente T-204 de 2008.

24 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004, T-1013 de 2002, T-365 de 1999 y T-210 de 1999, T-204 de 2008.

26 La Corte Constitucional en sentencias T-075 de 2001, T-157 de 2001, T-161 de 2001, T-473 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-1224 de 2001 y 702 de 2002, entre otras, con el fin de hacer efectiva la especial protección de la cual goza la mujer, no sólo durante el período de gestación, sino después del parto, de manera excepcional ha considerado que la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia por maternidad, cuando ante la

ausencia del mismo se vulnera de manera directa el mínimo vital no sólo de la madre sino del recién nacido, dado el carácter prevalente de sus derechos.