

Sentencia T-1243/05

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas para reconocimiento y pago/LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que se ha presentado interrupción de días de cotización

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

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1173808

Acción de tutela instaurada por Aracelys Olave Charris contra Famisanar EPS, Confitecol y Enlace Empresarial<sup>1</sup>.

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D. C., dos (2) días de diciembre de dos mil cinco (2005).

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.<sup>2</sup>

1. Aracelys Olave Charris presentó acción de tutela en contra de Famisanar EPS, pues considera que esa entidad ha desconocido sus derechos a la igualdad, al pago oportuno de la licencia de maternidad, a la protección especial de la mujer cabeza de hogar, a la protección de la familia y al mínimo vital de ella y de su hija de once meses<sup>3</sup> de edad al negarse a pagarle la licencia de maternidad porque, si bien en los dos contratos de trabajo que tuvo durante el embarazo<sup>4</sup>, sus empleadores pagaron oportunamente las cotizaciones correspondientes a los días laborados por la accionante (Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num. 1), la señora Aracelys no cumple con el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente

durante todo el tiempo de la gestación (Decreto 47 de 2000, Art. 3 num. 2), dado que mediaron diecisiete (17) días desde la terminación de uno de los contratos laborales a los que se hizo mención y la suscripción del otro, y por tal razón, ni ella ni sus empleadores cotizaron al sistema de seguridad social en salud durante los citados diecisiete (17) días<sup>5</sup>.

2. Señala la señora Aracelys en la demanda que es soltera y es cabeza de hogar<sup>6</sup>. Se desconoce si la accionante, además de la menor Jazmín Carolina Morales Olave, tiene otros hijos<sup>7</sup>. Desde marzo de 2004 la accionante ha permanecido en el mismo empleo y desde entonces, según los registros de la EPS demandada, ha devengado mensualmente un salario mínimo legal. La accionante y su hija han mantenido activa su afiliación a la EPS demandada.

3. El juez de instancia (Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla) decidió negar la acción de tutela, pues consideró que de las pruebas aportadas al proceso no se vislumbra una afectación del derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y de su hija<sup>8</sup>. Por tal razón, y teniendo en cuenta que la señora Aracelys no cumplió con el requisito legal de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el tiempo del embarazo, negó la acción de tutela. En todo caso señaló que la accionante puede acudir ante la jurisdicción laboral para plantear sus pretensiones.

4. La cuestión a resolver en el presente caso es si la peticionaria tiene derecho a que se le pague la licencia de maternidad y si la actuación de Famisanar EPS vulnera el mínimo vital de ella y de su hija Jazmín Carolina.

5. La Corte Constitucional ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto (Art. 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (Arts. 44 y 50 de la Constitución)<sup>9</sup>.

5.1. Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad son los siguientes: (i) que su empleador (en el caso de las trabajadoras dependientes o ella misma, en el evento de que se trate de una trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna y completa las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del

derecho<sup>10</sup> y (ii) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación<sup>11</sup>.

5.2. Al revisar los requisitos antes mencionados frente al caso objeto de revisión, se tiene de un lado que los dos empleadores que tuvo la accionante (Enlace Empresarial y el señor Gustavo Acosta) durante los seis meses anteriores al nacimiento de su hija pagaron cumplidamente la cotización en salud.

De otro lado se observa que la accionante no cumple con el segundo requisito legal, consistente en haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

Estando en curso su embarazo, la accionante dejó de cotizar durante 17 días; sin embargo este hecho no es atribuible a ninguno de sus empleadores, dado que el referido lapso sin cotización corresponde al tiempo que la accionante tardó en conseguir un nuevo trabajo, luego de haber finalizado la relación contractual que tenía con la bolsa de empleo Enlace Empresarial.

Por tal razón, atendiendo exclusivamente a lo establecido en los decretos que regulan el pago de la licencia de maternidad, se plantea el problema de si al dejar de cotizar durante 17 días, por haberse interrumpido durante ese lapso el vínculo laboral de la accionante, se ha perdido el derecho.

6. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela<sup>13</sup>.

Es así como en oportunidades anteriores, en los que la Corte ha constatado la afectación del mínimo vital de la trabajadora y de su hijo recién nacido, ésta ha procedido a ordenar a la EPS a la que se encuentra afiliada, el pago de la licencia de maternidad correspondiente, a pesar de que la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo del embarazo (Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2), por haber cambiado de trabajo durante la gestación, y existir entonces un lapso en el que no tenía un empleador que fuera responsable del pago de sus cotizaciones<sup>14</sup>.

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

7. Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada, en el caso de la señora Aracelys Olave Charris se debe revisar si se presenta una vulneración del derecho al mínimo vital de ella y de su hija Jazmín Carolina, por el no pago de la licencia de maternidad.

7.1. La Corte Constitucional ha señalado que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo<sup>15</sup> o cuando el salario es su única fuente de ingreso<sup>16</sup>, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor<sup>17</sup>.

7.2. En el caso que se revisa se tiene que la señora Aracelys Olave Charris devenga mensualmente un salario mínimo y nadie ha alegado que además de su salario tenga otra fuente de ingreso. La accionante señala que es madre cabeza de familia y está probado en el expediente que es madre de la menor Jazmín Carolina Morales Olave, quien a la fecha tiene casi 17 meses de nacida. Se comprueba adicionalmente que para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (junio 3 de 2005) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija (julio 1 de 2004).

Dados estos hechos, se concluye que el no pago de la licencia de maternidad vulnera el mínimo vital de la señora Aracelys Olave Charris y de su hija Jazmín Carolina.

En estas condiciones, sería desproporcionado concluir que la accionante ha perdido su derecho, por no haber cotizado durante 17 días - tiempo en el que estuvo sin empleo- si se tiene en cuenta, por una parte, que la señora Aracelys ha estado afiliada a la EPS demandada desde septiembre de 2003, y que, salvo el mencionado lapso de 17 días, ha pagado de manera continua las cotizaciones correspondientes.

De otro lado, se debe anotar que en el caso que se revisa, resultaba desproporcionado exigirle a la accionante que durante los 17 días que estuvo sin empleo, se afiliara al sistema de seguridad social como trabajadora independiente, y pagara la cotización correspondiente<sup>18</sup>.

Finalmente, se debe tener en consideración, que dadas las circunstancias antes analizadas (v.gr. afiliación al régimen contributivo de salud durante más de un año y medio, existencia de un periodo inferior a un mes sin cotizar y salario mensual correspondiente a un salario mínimo), no se aprecia que el pago de la licencia de maternidad de la accionante genere un desequilibrio al sistema de seguridad social en salud en su conjunto.

Por tal razón, y teniendo en cuenta la afectación del mínimo vital de la accionante y de su hija a la que ya se hizo mención, se ordenará a Famisanar EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Aracelys Olave Charris la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Jazmín Carolina, de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo, es decir, se ordenará a Famisanar EPS que le pague a la accionante el 93.7% de la mencionada licencia de maternidad<sup>19</sup>.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla dentro del proceso de la referencia.

Segundo.- ORDENAR a Famisanar EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Aracelys Olave Charris la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Jazmín Carolina, en proporción al tiempo que cotizó durante el embarazo.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla notificará esta sentencia dentro del término de los cuatro días siguientes a su comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La señora Aracelys Olave sólo demandó a Famisanar EPS. Sin embargo, el juez de instancia vinculó al proceso como demandados, a la bolsa de empleo para la cual estaba trabajando la accionante (Enlace Empresarial) y a la empresa donde la accionante estaba prestando sus labores (Confitecol).

El expediente T-1.173.808 fue seleccionado por la Sala de Selección Número Nueve, mediante auto del 7 de septiembre de 2005.

2 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

3 Para la fecha en la que fue presentada la demanda (junio 3 de 2005), la menor Jazmín Carolina Morales Olave tenía once meses de edad.

4 La accionante trabajó en la empresa Confitecol, a través de la bolsa de empleo Enlace Empresarial, hasta el 15 de febrero de 2004. A partir del 5 de marzo de 2004 ha venido trabajando con el señor Gustavo Acosta.

5 Tal como consta en los registros de Famisanar EPS, en marzo de 2004, el empleador de la accionante (Enlace Empresarial) cotizó lo correspondiente a 15 días de trabajo. Esto concuerda con lo sostenido por la accionante en el sentido que su contrato de trabajo terminó el 15 de febrero de 2004. De igual manera aparece en los registros de la entidad y en la copia del comprobante de pago de la cotización del mes marzo que su nuevo empleador (el señor Gustavo Acosta) cotizó 28, y no 30, días de trabajo, dado que la accionante ingresó a trabajar el 3 de marzo de 2005.

6 Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

7 De las pruebas aportadas en el expediente (v.gr. registro de los beneficiarios de la accionante en el sistema general de seguridad social en salud, registro de nacimiento), sólo se hace mención a la menor Jazmín Carolina Morales.

8 Para llegar a esta conclusión el juez de instancia tuvo en cuenta que ni en la tutela ni en las pruebas aportadas existe “referencia alguna a la vulneración del mínimo vital de la actora” y adicionalmente tuvo en cuenta que en la actualidad la accionante se encuentra trabajando (folio 55 del expediente).

9 Sentencia T-996 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño). “El artículo 43 de la Carta estipula como obligación del Estado la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, disposición constitucional que encuentra desarrollo en la legislación laboral, la cual establece que la madre es acreedora de una licencia remunerada que le permita asistir al recién nacido en sus primeros meses de vida y obtener para sí misma la recuperación física necesaria para reintegrarse a sus actividades cotidianas. La licencia de maternidad es, entonces, una prerrogativa de carácter prestacional que permite el goce efectivo de otros derechos, estos sí fundamentales, como es el caso de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y los derechos de los niños (...)”.

10 Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

11 Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2.

12 Decreto 047 de 2000, Art. 3: “Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

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

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

Al respecto, ver también el inciso 2 del numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

13 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz): “(...) la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención”. (Los pies de página contenidos en esta cita fueron omitidos).

14 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-549 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1010 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-931 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández). Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido

entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

15 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-158 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-1081 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-241 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

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

17 Sentencia T-999 de 2003 (MP: Jaime Araújo Rentería) “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”. En el mismo sentido, ver también entre otros, los siguientes fallos: T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-1155 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-1014 de 2003 (MP: Eduardo Motealegre Lynett).

18 De acuerdo con el artículo 66 del Decreto 806 de 1998, la cotización en salud de los trabajadores independientes no podrá ser inferior al 12% del equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

19 Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la accionante cotizó 253 días al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante los 270 días de la gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante la referida gestación, es proporcional que la accionante reciba el 93.7% de la licencia de maternidad.