

Sentencia T-231-09

Referencia : expediente T-2'177.492.

Accionante: Martha Cecilia Panqueva.

Accionado: Humana Vivir EPS.

Magistrada Ponente (e):

Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido el 2 de enero de 2009 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Martha Cecilia Panqueva contra Humana Vivir EPS.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud

La señora Martha Cecilia Panqueva interpuso acción de tutela contra Humana Vivir EPS y solicitó la protección de sus derechos fundamentales.

Justificó su petición en los siguientes:

B. Hechos

1. La señora Martha Cecilia Panqueva se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, en calidad de cotizante dependiente, desde el 3 de octubre del año 2007, de acuerdo con el formulario único de afiliación a la EPS.

1. El 14 de junio de 2008 dio a luz a su hija, razón por la que solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la EPS accionada.

1. Argumenta que la entidad rechazó la solicitud de pago porque la afiliada cotizó al sistema un número de semanas menor a las de gestación, y así incumple lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 del 19 de enero de 2000.

1. Finalmente, indica que con dicha negativa se vulneran sus derechos fundamentales.

C. Actuaciones procesales

El 19 de diciembre de 2009, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja admitió la acción interpuesta y dio traslado a la entidad accionada para que en el término de 3 días hábiles se pronunciara en relación con los hechos.

D. Traslado y contestación de la demanda.

El 31 de diciembre de 2008, el apoderado judicial de Humana Vivir EPS dio respuesta a la acción. Manifiesta que la accionante solicita por medio del amparo el pago de la licencia de maternidad, por valor de \$1`292.200.

Indica que la peticionaria solicitó el pago de la licencia de maternidad y que la EPS lo

negó porque “no reúne ni cumple con lo establecido en el Decreto 047 de 2002, Artículo 3 numeral 2, teniendo en cuenta que para acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad en representación de su empleador requiere que la afiliada haya cotizado un periodo igual al de la gestación al momento del parto (14 de junio de 2008), el cual se realizó cuando la afiliada tenía 39 semanas de gestación, esto de acuerdo al certificado de nacido vivo, es decir que al momento la afiliada solo había cotizado (33) semanas ininterrumpidas al SGSSS”.

La EPS agrega que la afiliada recibió la totalidad de los servicios médicos que requirió durante su embarazo y el parto, y que la tutelante conoció con anticipación de la negativa en el pago de la licencia de maternidad, pues no cumple con los requisitos de Ley.

II. PRUEBAS APORTADAS EN EL PROCESO

1. Copia del formulario único de afiliación de la señora Martha Cecilia Panqueva a Humana Vivir EPS, recibido el 3 de octubre de 2007. (Folio 2).

(Folios 3 a 6).

FECHA

DEL CONTRATO

TÉRMINO DEL CONTRATO

FECHA DE INICIO

FECHA DE FINALIZACIÓN

1 octubre 2007

3 meses

1 octubre 2007

31 diciembre 2007

1 enero 2008

2 meses

1 enero 2008

28 febrero 2008

1 marzo 2008

2 meses

1 marzo 2008

30 abril 2008

1 mayo 2008

2 meses

1 mayo 2008

30 junio 2008

1. Copia del certificado de nacido vivo de la menor que dio a luz la señora Martha Cecilia Panqueva el 14 de junio de 2008. No se registran semanas de gestación. (Folio 7).

1. Copia de la respuesta al derecho de petición presentado por la señora Martha Cecilia Panqueva ante Humana Vivir EPS, en la que se niega la solicitud del pago de licencia de maternidad, por falta de cumplimiento de los requisitos de ley.

1. Copia de la incapacidad médica general, por licencia de maternidad, expedida por la Fundación Clínica Universitaria Santa Catalina. (Folio 13).

I. DECISIÓN JUDICIAL.

A. Fallo de única instancia.

El 2 de enero de 2009, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja, mediante sentencia, resolvió negar por improcedente la tutela interpuesta por la señora Martha Cecilia Panqueva, al considerar que Humana Vivir EPS, siempre le ha dado respuesta a las solicitudes de la tutelante, razón por la que no ha vulnerado el derecho de petición.

En cuanto a la petición del pago de la licencia de maternidad reconocida, sostiene que la acción de tutela es improcedente para el caso concreto pues la señora Martha Cecilia Panqueva cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa y además en la acción no se expresaron con claridad los derechos presuntamente vulnerados.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia.

B. Fundamentos jurídicos

1. Problemas Jurídicos que plantea la demanda.

De los hechos expuestos en la solicitud de tutela y de las pruebas que reposan en el

expediente se colige: (i) que la accionante se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud por el régimen contributivo, desde octubre del año 2007; (ii) que como consecuencia de su estado de embarazo, dio a luz a su menor hija el 14 de junio de 2008, razón por la que solicitó a la EPS, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y, (iii) que la EPS le negó el pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia por no cumplir con lo establecido en el numeral 2, artículo 3 del Decreto 047 de 2002.

Se advierte así, que compete a esta Sala de Revisión analizar y determinar: (i) la procedencia de la acción de tutela para demandar el pago de la licencia de maternidad y el término de prescripción para interponer el amparo; (ii) el régimen y la importancia de la licencia de maternidad como mecanismo de protección a la maternidad y a los niños; (iii) si existe vulneración del derecho al mínimo vital cuando se rechaza el pago de la licencia de maternidad; (iv) los requisitos legales para que proceda la autorización, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y las excepciones al régimen; (v) las funciones y obligaciones del FOSYGA en relación al pago de la prestación referida, y (vi) si en el caso sub examine se están vulnerando los derechos de la señora Martha Cecilia Panqueva.

En relación a los problemas jurídicos descritos esta Sala de Revisión en las sentencias T - 136 y 781 de 2008 desarrolló cada uno de los anteriores tópicos y definió reglas jurisprudenciales sobre la materia. En esta ocasión, la Sala reiterará las tesis expuestas en las sentencias citadas, en cuanto a cada uno de los numerales definidos como problemas jurídicos de la acción de la referencia.

1. Procedencia y término de la acción de tutela para reclamar pago de la prestación derivada por licencia de maternidad.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario que procede cuando no existen otros medios judiciales de defensa; sin embargo, hay excepciones definidas por la jurisprudencia que permiten que el amparo proceda en el caso, por ejemplo, de solicitud para el reconocimiento y pago de licencia de maternidad, dependiendo del caso concreto y el cumplimiento de los requisitos,

siempre que se vulnere el derecho al mínimo vital de la madre gestante, pues ante tal situación no existe en el ordenamiento jurídico un medio de defensa judicial idóneo, al que puedan acudir las usuarias del sistema de salud que demandan el pago de la prestación y el reconocimiento de sus derechos.

Así mismo, es del caso reiterar lo que se indicó respecto a la vulneración del derecho al mínimo vital en las sentencias T - 136 y 781 de 2008. En los fallos se sostuvo que cuando la mujer que da a luz un hijo no tiene un ingreso económico diferente al de su salario mensual o a los recursos que devenga como trabajadora, y los deja de percibir por un periodo de 84 días, equivalente al tiempo de la licencia de maternidad, tiene lugar la presunción de veracidad respecto a la vulneración del derecho al mínimo vital, pues la madre queda sin rentas para solventar sus necesidades básicas y las de su recién nacido, sin que exista condición en lo concerniente a la cuantía de los ingresos mensuales o el estrato socio económico de la madre.

Por otra parte, es de resaltar que el derecho al mínimo vital de la mujer embarazada debe verificarse con independencia de las condiciones económicas de su núcleo familiar, cónyuge o compañero permanente. Al respecto se explicó:

“De tal forma, la trabajadora que ha cotizado al sistema general de seguridad social adquiere el derecho al pago de la prestación, ajena e independientemente, a su situación familiar, sin que exista una motivación jurídica para que ésta tenga incidencia en el reconocimiento de un derecho personal y propio” 1.

Por lo anterior, es de resaltar que en el caso de solicitud de pago de licencia de maternidad: (i) procede la acción de tutela porque no existe en el ordenamiento otro mecanismo judicial de defensa mediante el cual se amparen los derechos de la madre gestante, y (ii) existe una presunción del derecho al mínimo vital de la madre porque, si no se paga la licencia de maternidad, esta deja de percibir durante 84 días ingresos económicos, y en efecto se pone en peligro también el mínimo vital del recién nacido.

Una vez aceptada la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de la madre que da a luz un hijo, en lo concerniente al término para interponer la acción de tutela con el objeto de reclamar el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad, en la jurisprudencia se dispuso que una vez se produzca el nacimiento del

menor, la madre gestante tiene un plazo máximo de un año para interponer el amparo.

En cuanto a la materia, esta Sala sostuvo que²:

“con el fin de eliminar formalismos que limitan la salvaguarda de derechos fundamentales, ante todo tratándose de sujetos de especial protección como lo son los niños recién nacidos y las progenitoras, (...) el término de 84 días para que proceda la acción de tutela es precario y por ello (...) debe extenderse a un año, con el objeto de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia y la salvaguarda de los derechos fundamentales como el mínimo vital.

“Por ello pensar en un término corto para la presentación de la tutela puede conducir a una vulneración del derecho que queda desprotegido de todo amparo de rango constitucional, razones por las que esta Sala reiterará la jurisprudencia citada en el entendido de que un año es un término razonable para que proceda el amparo de tutela en este tipo de procesos.

(...)

“En conclusión, para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la demanda debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento del menor”.

Bajo las consideraciones anteriores, la acción de tutela procede cuando se presentan controversias respecto al pago de la prestación derivada por el reconocimiento de la licencia de maternidad, siempre y cuando la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento del menor.

1. Protección a las mujeres embarazadas mediante la licencia de maternidad.

La Constitución Política incluye preceptos que protegen los derechos de las mujeres en estado de embarazo, mediante la aplicación de normas de orden internacional, que por vía del bloque de constitucionalidad se integran en algunos casos al ordenamiento constitucional colombiano, reforzando la protección a este sector de la población. Entre

dichas disposiciones, se encuentran el Convenio N° 3 sobre la Protección de la Maternidad de 1919 proferido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio 103 de 1952 proferido igualmente por la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, los artículos 43 y 53 de la Constitución, la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 956 de 1996, el Decreto 047 de 2002, entre otros, que en general implementan en los ordenamientos jurídicos derechos de las madres gestantes, y de los menores que están por nacer, al igual que prerrogativas y privilegios económicos y sociales.

En tal contexto, al artículo 43 de la Constitución establece que: “(...) La mujer no podrá ser sometida a ninguna discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial atención y protección del Estado (...)”. Así, la licencia de maternidad, permite una protección en doble vía ya que ampara a las mujeres en estado de embarazo y además a los menores que éstas dan a luz, garantizando los derechos de ambos sujetos de especial protección.

En igual sentido, el artículo 53 de la Carta Política en el inciso 2 define como principio mínimo fundamental para la expedición del estatuto del trabajo “la protección especial a la mujer, y a la maternidad”, como pilar de las normas que regulan el derecho laboral en Colombia.

Así, los intereses jurídicos de las madres que den a luz a sus hijos, e igualmente, de estos últimos, prevalecen en el ordenamiento y, en consecuencia, el Estado debe encaminar sus actuaciones a la efectivización de sus derechos tanto en el orden jurídico, como económico y social.

3. Requisitos legales para que proceda la autorización, el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, y las excepciones al régimen.³

Una vez analizados los requisitos de procedencia de la acción de tutela, el término para interponer el amparo y las normas generales que definen los derechos de las madres gestantes, es pertinente analizar el régimen que define los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y las excepciones que se han definido por la jurisprudencia, para que, pese a la falta del pago de cotizaciones al

sistema de salud durante una parte del periodo de gravidez a las madres gestantes se les paguen las prestaciones derivadas de la licencia en forma total o proporcional, dependiendo del caso concreto.

En tal orientación, el régimen legal establece requisitos mínimos de cotización al sistema de salud, para que la mujer que dé a luz tenga derecho al reconocimiento de la prestación económica. Al respecto, el Decreto 806 de 1998 establece en su artículo 214

:

“RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

“1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

(...)

“2. No tener deuda pendiente con las entidades promotoras de salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

(...)

“3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

“4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

“Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”.

Igualmente, el Decreto Reglamentario 047 de 2000 determina el período mínimo de cotización al sistema de salud para el pago de la licencia de maternidad y traslada la obligación de la prestación al empleador cuando la trabajadora, directa o indirectamente, cotiza al sistema por un período inferior al de la gestación o incumple con los plazos en el pago de las cotizaciones. La norma dispone:

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

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

“Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se coticen 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”. (Negrillas fuera del texto).

En efecto, y de acuerdo con el régimen vigente, la mujer que quede en estado de

embarazo y esté afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud tiene derecho a reclamar de la EPS a la cual se encuentra afiliada, la prestación que se deriva del reconocimiento de la licencia de maternidad, siempre que haya cotizado durante todo su periodo de gestación y en forma oportuna haya cancelado los aportes durante los últimos 6 meses, como requisitos generales y principales.

En tal entendido, la madre gestante que no cumple con los requisitos referidos, pierde el derecho a que se le reconozca el pago durante la licencia de maternidad, y por ello queda sin ingresos, situación que repercute en el mantenimiento de sus condiciones en forma digna, pues se pone en riesgo su derecho al mínimo vital.

Así, los requisitos definidos en las normas citadas dieron lugar a que la jurisprudencia indicara que éstos son nugatorios de los derechos de las madres gestantes, por lo que se enunció reiteradamente por la jurisprudencia:

“4.3. el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, está fijando un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido⁵.”

De la revisión de la línea jurisprudencial sobre la materia se encuentra que con el objeto de no limitar el goce de los derechos que se relacionan con el reconocimiento y pago de la prestación por licencia de maternidad, mediante sentencias proferidas en procesos de acciones de tutela, se decidió inaplicar las disposiciones legales y ordenar la cancelación de la prestación dependiendo del número de semanas que le faltaron por cotizar al sistema a la mujer en estado de embarazo razón por la que “la Corte Constitucional ha asumido dos posiciones respecto al amparo de los derechos cuando se niega el pago de la prestación por licencia de maternidad, al considerar que debe ésta pagarse en forma total o proporcional dependiendo de las semanas cotizadas⁶”⁷.

En cuanto a la materia, en las sentencias T- 136 y 781 de 2008 se definieron los siguientes parámetros, al respecto:

“Sub reglas de la jurisprudencia para acceder al pago de la licencia de maternidad.

“Con fundamento en la normativa vigente y las posiciones jurisprudenciales citadas, la Corte decidió definir algunas reglas con el fin de unificar las tesis expuestas, y concluyó que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla indica que la madre en estado de embarazo que no coticie al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.

“De tal forma en la Sentencia T-530 de 2007 la Corte Constitucional articuló las posiciones jurisprudenciales referidas, mediante la definición de las reglas citadas y expuso:

“(…) la Sala encuentra probado lo siguiente:

(…)“

i. “En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de Revisión tomará dos tipos de decisión, así:

a. “En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).

a. “En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas. (…)”.

“Las anteriores definiciones de la jurisprudencia responden entonces a la necesidad de propender hacia la protección de derechos fundamentales y así mismo de materializar los principios definidos por la Constitución de 1991 y el Estado Social de Derecho. Si bien es cierto, el legislador es quien define las normas que regulan el sistema de salud, la función del juez de tutela es evaluar cada caso en concreto y lograr proteger los derechos que se afecten como consecuencia del establecimiento de requisitos estrictos para hacerse acreedor de ciertos derechos.

“Evaluar las condiciones en concreto de las madres en estado de embarazo permite que las normas del régimen no se conviertan en obstáculos para la consecución de los fines Estatales. De igual forma, las razones que atienden a los nuevos criterios de la jurisprudencia y al pago total o proporcional de la prestación que se origina con la licencia de maternidad, debe su fundamento a que puede existir en la valoración y el cálculo de las semanas de gestación un margen de error que en caso de presentarse puede ser la causa de la negación de un derecho adquirido⁸

“En tal sentido, esta Sala de revisión ordenará que se tenga un plazo de dos meses para que se inapliquen los requisitos del régimen y en tal sentido ordenar el pago total de la prestación., con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las madres en estado de gravidez, que dan a luz un hijo, y de los menores recién nacidos

“En la misma línea, y con el fin de mantener el equilibrio del sistema, si se superan dos meses sin cotizar por parte de la madre durante su embarazo, la tesis se inclinará hacia la proporcionalidad del pago de la licencia de maternidad, con el objeto de lograr bilateralmente una solución que permita tanto a la madre y al menor la subsistencia económica y la protección de su derecho al mínimo vital, sin que el sistema de salud retenga dineros que han sido cotizados por la afiliada, y por otra el compensación del sistema para que éste no se obligue a hacer erogaciones de dineros que no ha percibido”.

Esta Sala reiterará los postulados propuestos en las sentencias aludidas con el objeto de ratificar la posición inicial, amparar los derechos de las madres gestantes y sus recién nacidos; dependiendo del número de semanas cotizadas durante el tiempo de la gestación, el juez de tutela debe ordenar el pago total o proporcional de la prestación

derivada de la licencia de maternidad, en razón de si se dejó de cotizar por más o menos de dos meses al sistema de salud.

4. Las funciones y las obligaciones del FOSYGA en relación al pago de licencias de maternidad.

Una vez definidas las reglas para que se reconozca la prestación por licencia de maternidad en forma excepcional, es importante precisar las obligaciones del fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA), con el objeto de definir las competencias de éste fondo y de las Entidades Promotoras de Salud.

Así, se reiterará lo dispuesto por esta Sala de Revisión en las sentencias T - 136 y 781 de 2008 en las que se consideró:

“El Sistema General de Seguridad Social en Salud estableció, mediante la Ley 100 de 1993, una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada, por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, denominada fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA) con el fin de manejar sub cuentas de compensación interna del régimen contributivo, de solidaridad del régimen de subsidios en salud, de promoción de la salud y del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT).

“En relación con la cuenta de compensación del régimen contributivo al Fondo de Solidaridad, éste tiene entre sus obligaciones estar a cargo del pago de las licencias de maternidad. Así, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ART. 207.—De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC”.

“Al respecto esta Corporación definió:

“Esta licencia, por tratarse de trabajadoras que deben estar afiliadas al sistema de seguridad social, sean éstas dependientes o independientes (es obligación de todo

empleador afiliar a sus empleados al sistema), es financiada, dentro del régimen contributivo, por el Fondo de Solidaridad (artículo 207 de la ley 100 de 1993), que transfiere a las entidades promotoras correspondientes los recursos para su cubrimiento.

Es decir, las entidades promotoras son simples intermediarios para su reconocimiento. Sin embargo, son las obligadas a tramitar la licencia correspondiente ante el mencionado fondo y responsables ante sus afiliados”9.

“En consecuencia, al ser el fondo de solidaridad el obligado a cubrir la prestación por licencias de maternidad debe en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 transferir a las EPS los dineros que éstas giren con ocasión del descanso después del parto, en acatamiento de una obligación de rango legal, siempre que se cumplan con los requisitos del régimen o que exista por vía judicial una inaplicación de las disposiciones sobre la materia.

“Por lo anterior, es evidente que es al sistema de salud al que le corresponde cubrir las prestaciones por licencia de maternidad que se generen con la ocasión del nacimiento de un niño cuya madre se encuentra afiliada al sistema a través régimen contributivo”.

En conclusión, el cubrimiento de la prestación que se genera por el reconocimiento de la licencia de maternidad es competencia del FOSYGA, de acuerdo, con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993; en efecto, es ésta la entidad que cubre la ocurrencia de la vacancia y la remuneración como consecuencia del parto de la mujer gestante afiliada al sistema general de seguridad social en salud, en el régimen contributivo.

C. CASO CONCRETO.

De la revisión del expediente, de los hechos narrados y las pruebas aportadas en la acción de tutela se colige que la señora Martha Cecilia Panqueva se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud, en el régimen contributivo, a través de Humana Vivir EPS, desde el mes de octubre de 2007.

Que la accionante dio a luz una hija el 14 de junio de 2008, y con posterioridad solicitó el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, que se le negó porque la afiliada solo cotizó al sistema 33 de las 39 semanas de gestación, actuación con la que

incumplió con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2002.

En primer lugar, respecto al tema concerniente a la procedencia de la acción de tutela, es de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, en el caso concreto se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, lo que permite la procedencia del amparo. Adicionalmente, el amparo fue interpuesto dentro del año siguiente al nacimiento de la menor, es decir, se cumple en el caso con el requisito de inmediatez, conforme a la jurisprudencia.

Respecto al fondo del asunto, de las pruebas aportadas al proceso se deduce que las señora Martha Cecilia Panqueva cotizó al sistema de salud 33 de las 39 semanas de embarazo, lo que significa una diferencia de 6 semanas, que como consecuencia genera un incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 047 de 2000, según el cual para tener acceso a las prestaciones económicas derivadas de las licencias de maternidad la afiliada debe haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación.

Pese a la normativa y conforme a lo dispuesto en la parte considerativa de esta sentencia, en atención a las reglas definidas por la jurisprudencia para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, de acuerdo con las cuales: “En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%)”¹⁰, en el caso de la señora Martha Cecilia Panqueva se inaplicará lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 047 de 2000 y se ordenará a Humana Vivir EPS pagar el 100% de la prestación por licencia de maternidad a la afiliada al sistema de salud, pues dicho tiempo no supera los dos meses que ha definido la jurisprudencia de la Corte.

Lo anterior en consideración a que la negación a la accionante, por parte de Humana Vivir EPS, del pago de la prestación derivada por licencia de maternidad, pone en riesgo el derecho al mínimo vital de la misma y de su menor hija, al ser su único ingreso para su subsistencia; más aún, si se tiene en cuenta que con posterioridad al parto, y como consecuencia del nacimiento de la menor y del periodo de lactancia, los gastos económicos se incrementan, lo que limita el derecho a la vida en condiciones

dignas11

.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- INAPLICAR para el caso de la señora Martha Cecilia Panqueva los artículos 21 del Decreto 806 de 1998 y 3 del Decreto 047 de 2000.

SEGUNDO. - REVOCAR la sentencia proferida el 2 de enero de 2009 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales y ORDENAR a Humana Vivir EPS, 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, proceda a pagar a la señora Martha Cecilia Panqueva la totalidad de su licencia de maternidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T - 136 de 2008.

2 Sentencia T - 136 de 2008.

3 Sentencia T - 136 de 2008.

4 Tales disposiciones fueron mencionadas en la Sentencia T-460 de 2003.

5 Sentencia T-139 de 1999.

6 Ver Sentencias: T- 790 de 2005, T-1243 de 2005, T- 1010 de 2004, T- 906 de 2006, T-893 de 07, T - 057 y 122 de 2007.

7 Sentencia T - 136 de 2008.

8 En la mayoría de los casos los jueces de tutela toman como referencia para las semanas de gestación las indicadas en el certificado de nacido vivo que entrega la institución en la que nace el menor. Dicho certificado fue implementado en 1998 y es diligenciado por el médico, o cualquier funcionario de salud autorizado que atiende el hecho vital (nacimiento).

9 Sentencia T-139 de 1999.

Ver además: Sentencia T-175 de 1999.

11 Ver: Sentencia T-247 de 2008.