

Sentencia T-368/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo/LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el pago/LICENCIA DE MATERNIDAD-Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela/ LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

Referencia: expediente T-1525559

Acción de tutela instaurada por la señora Mercedes Castillo Borda contra Famisanar Ltda., EPS.

Procedencia: Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Mercedes Castillo Borda contra Famisanar Ltda., EPS.

I. ANTECEDENTES.

La señora Mercedes Castillo Borda presentó acción de tutela el 12 de octubre de 2006, ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá (reparto), aduciendo la vulneración de los derechos a “ser madre, el reconocimiento de la Licencia de Maternidad y el pago correspondiente de la incapacidad derivada de la Licencia” por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos.

Se trata de una posible vulneración de derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y al mínimo vital, que motiva la solicitud de amparo presentada por la actora, debido a que la EPS demandada le niega la posibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho por razón del nacimiento de su hijo, bajo el argumento de no haber cotizado en forma completa e ininterrumpida durante todo el período de gestación.

B. Relato de la demandante.

La actora manifiesta que ingresó “a trabajar como empleada en misión en la Empresa de Servicios Temporales SERVIS YA LTDA.” y antes lo había hecho como “empleada temporal con la Empresa de Servicios Temporales EFICACIA, hasta el 20 de enero de 2005 y la única interrupción del vínculo laboral y de pago de aportes a EPS” fue durante el lapso transcurrido al cambiar de empleo.

Se encontraba afiliada “ por parte de SERVIS YA LTDA. a la EPS Famisanar y el pago correspondiente al período Febrero de 2005, por los 22 días trabajados durante ese mes se efectuó oportunamente, en Marzo de 2005 y así sucesivamente, mes vencido durante todo el período de mi embarazo”, estado que informó a la empresa empleadora, anexando certificación expedida por Famisanar EPS. Dio a luz “el 21 de octubre de 2005, con 35.5 semanas de embarazo, según consta en certificación de la Clínica de Occidente, es decir, fue prematuro pues el término normal del embarazo es de 40 semanas”, pero Famisanar se niega a reconocer la incapacidad argumentando (fs. 36 y 37):

“Fecha de nacimiento, 21 de Octubre de 2005. Períodos de pago que debería haber tenido antes de la fecha de nacimiento del bebé: Período de Diciembre de 2004 a Septiembre 2005, en fechas oportunas de pago, cancelados sobre 30 días cotizados, pagos sin interrupción.

En este caso, en el Período de Enero de 2005, planilla N° 5137569 se cancelan 20 días y la Empresa EFICACIA presenta novedad de retiro.

En período de Febrero de 2005 planilla No 5297302 se cancelan 16 días y presenta la Empresa EFICACIA novedad de ingreso.

En el Período de Marzo planilla No 5803612 se cancelan 22 días y la Empresa SERVIS YA presenta novedad de ingreso, por lo tanto no cumple con los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación económica por parte de EPS FAMISANAR LTDA.”

C. Respuesta de la entidad demandada.

Agrega que “EPS FAMISANAR no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la usuaria teniendo en cuenta que el derecho supuestamente vulnerado ‘Pago de la Licencia de Maternidad’ no lo es, por lo tanto resulta improcedente el uso de este mecanismo judicial” (f. 51 cd. inicial).

Afirma que la actora no cotizó en forma completa e ininterrumpida durante todo el período de gestación para acceder a la prestación y considera “un despropósito que la accionante pretenda que la EPS FAMISANAR pague una suma de dinero (prestación económica), utilizando la vía de la tutela, pues de conformidad con el art. 86 de la Constitución Nacional, dicho mecanismo fue creado para proteger derechos constitucionales fundamentales y no como un mecanismo para amparar o salvaguardar intereses de naturaleza económica, máxime cuando para ello, existen otros medios de defensa establecidos por la Ley, como acudir a la justicia ordinaria” (f. 52 ib., lo resaltado en negrilla está así en el texto original).

D. Sentencia única de instancia.

El asunto fue repartido al Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, que mediante sentencia del 27 de octubre de 2006, denegó el amparo solicitado, al considerar que la actora invoca la protección constitucional el 12 de octubre del 2006, casi un año después del parto (octubre 21 de 2005), tiempo durante el cual la señora Castillo veló por sus propios gastos y los de su hijo.

Por consiguiente, “ni siquiera se puede aplicar la tutela como mecanismo transitorio, debido a que esta acción constitucional se justifica frente a situaciones actuales e inminentes, que requiera y justifique la aplicación del mecanismo residual dado el estado de necesidad en que el individuo se encuentra. La actora ha podido sobrevivir y desarrollarse económicamente a través del tiempo y es solamente después de casi un año viene (sic) a alegar sus derechos utilizando este mecanismo constitucional, el que por efecto de tiempo resulta improcedente” (lo subrayado está así en el texto original).

Por otro lado, la acción esta encaminada a la reclamación de una prestación económica, para la cual el constituyente no instituyó el amparo, por lo que su protección es de competencia de la jurisdicción respectiva, ámbito al cual la actora debe acudir en procura del reconocimiento de sus derechos legales.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la decisión proferida dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Esta Sala de Revisión establecerá si la señora Mercedes Castillo Borda, en su calidad de afiliada al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene derecho a obtener por vía de tutela, que la EPS Famisanar, empresa particular a la cual se encuentra afiliada, le cancele la prestación económica que se deriva de la licencia de maternidad.

Tercera. Acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Procedencia excepcional.

La corporación ha venido sosteniendo, en múltiples pronunciamientos, la necesidad de proteger a la mujer al rededor de la gestación, dando así cumplimiento a lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política, siendo la licencia de maternidad uno de los medios para darle vigencia, en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido, pero por tratarse de un derecho prestacional, en principio, no resultaría susceptible de protección por vía de tutela y su pago, en caso de no verificarse, habría de solicitarse a través de la jurisdicción laboral ordinaria, como mecanismo judicial idóneo.

Sin embargo, para reclamar el cubrimiento de la licencia de maternidad, la acción de tutela puede proceder excepcionalmente, cuando la madre y el recién nacido dependen de esa prestación o su mínimo vital se encuentra insatisfecho, por lo cual su pago deja de ser un tema exclusivamente legal y se torna relevante en lo constitucional, demandando la

maternidad especial asistencia y atención del Estado. Sobre el tema, esta Corte ha expresado:

“...la licencia de maternidad constituye el salario que la nueva madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar -incapacitada-, al cuidado del menor y que, por lo tanto, es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas junto con el recién nacido; de manera pues que, si el mínimo vital de la madre y el de su hijo dependen del pago de esa licencia, ésta ya no puede verse como un derecho de rango legal, cuyo conflicto se ventila ante la justicia laboral, sino que adquiere relevancia constitucional.

En efecto, la falta de pago de la licencia de maternidad puede vulnerar el derecho fundamental a la vida digna tanto de la madre como del recién nacido, cuando de ese pago depende su sustento, de manera que la acción de tutela procede de manera excepcional y subsidiaria a fin de obtener la orden de pago, pues de ser reclamado por otro medio de defensa judicial -acción laboral-, éste no resultaría eficaz para la protección del mínimo vital de la madre y del niño.

En ese orden de ideas, la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos prestacionales, como la licencia de maternidad, se basa y está condicionada por la teoría elaborada por la jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital, que parte de la base de que ‘ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la madre trabajadora y del niño que está o acaba de nacer, la acción de tutela es el mecanismo procedente’.” (Sentencia T-1168 de noviembre 17 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

Así las cosas, la situación legal para acceder a las prestaciones económicas que se derivan de la licencia de maternidad, implica que la trabajadora deberá: “(i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho; (iv) no encontrarse en mora en dicho momento.”¹

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que ha dado la Corte cuando de por

medio existe una amenaza al mínimo vital de la mujer en estado de embarazo y después del parto.

Al respecto, en sentencia T-1161 de 2005 (noviembre 21), con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, señaló la Corte:

“A partir de la sentencia T-999 de 2003, se planteó un cambio de jurisprudencia en cuanto a la oportunidad de presentación de la acción de tutela cuando se trata del reclamo de la licencia de maternidad por esta vía. Consideró la Corte que la tesis mantenida previamente, que establecía la garantía de la vigencia de la licencia de maternidad (84 días) como plazo oportuno para interponer la acción de tutela, se convirtió con el tiempo en un formalismo utilizado por las Empresas Promotoras de Salud que hacía nugatoria la protección efectiva de las garantías con las cuales debe contar la mujer durante el embarazo y después del parto, así como el recién nacido. Sobre ese presupuesto, la Corte amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño. La sentencia lo estableció en los siguientes términos:

‘Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen

circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido'." (Lo resaltado en negrilla no está así en el texto original).

Es posible concluir que el no pago de la licencia de maternidad, que como prestación económica tiene por objetivo brindar a la madre un descanso remunerado con el fin de que se recupere del parto y que le otorgue al recién nacido el cuidado y la atención requerida, presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su bebé. Así, la protección que se procura con la licencia de maternidad va dirigida a favorecer a la mujer en el embarazo y después del parto y enfatiza el cuidado que debe darse al recién nacido.

Cuarta. El caso concreto.

En primer término, ha de recordarse que el inciso final del artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, entre otros casos, lo cual desarrolla el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, encontrándose en su numeral 2° la expresa referencia al particular que esté encargado de la prestación del servicio público de salud.

Así, queda dilucidado que Famisanar Ltda. EPS, persona jurídica de derecho privado, podía ser demandada por vía de tutela, pues se trata de una entidad prestadora del servicio público de salud, clara razón para determinar que está legitimada en la causa por pasiva, resultando controvertibles, en un momento dado, actuaciones u omisiones suyas en una acción de amparo constitucional, como ésta.

En el presente caso la pretensión de la actora no fue atendida favorablemente en el fallo de primera instancia, que no fue recurrido, decisión que esta Sala revisa si fue atinada, al no hallar vulneración de derechos fundamentales de la actora y de su hijo, por el no reconocimiento de la licencia de maternidad, que habría perdido al interrumpirse los pagos durante el período de gestación, en un lapso relativamente corto, suscitado por el cambio de empleo, pero sin haber dejado de cotizar ningún mes; o, de otra parte, no ser procedente la acción de tutela por incoarla "casi un año después" del parto, como argumenta el Juzgado de instancia (f. 64 cd. inicial).

Como se desprende de las pruebas obrantes dentro del expediente, la señora Mercedes Castillo Borda se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, a través de Famisanar Ltda. EPS. Es cotizante activa desde mayo 15 de 2003 y se encontraba al día en los pagos al momento en que dio a luz a su hijo, esto es, octubre 21 de 2005 (fs. 13 a 35 y 44 ib.), coligiéndose que al momento en que se produjo el parto de la peticionaria, ella contaba con más de 100 semanas cotizadas (f. 51), que es lo que exige la ley, como se vio en apartes precedentes.

No obstante, la EPS demandada argumenta en la contestación de la acción que no es viable el pago de la licencia de maternidad, puesto que la actora no cotizó durante todo su período de gestación. Sin embargo, lo que se aprecia es que debido al lapso transcurrido en el cambio de empleo, no se hicieron algunos pagos en el momento en que la entidad considera oportunos. Además, se produjo nacimiento prematuro, a las 35.5 semanas de embarazo, según consta en certificación (f. 4 ib.) y la señora Castillo Borda contaba con tiempo suficiente para acceder a tal derecho, como la misma entidad reconoce.

Por otra parte, la incoación de esta tutela sí fue oportuna, de acuerdo con jurisprudencia vigente², pues la demanda fue presentada el 12 de octubre de 2006, fecha para la cual habían transcurrido 11 meses y 12 días contados a partir del parto, el cual tuvo lugar el 21 de octubre de 2005. Por ello sí procede la acción, al criterio de la Corte, que amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño.

Como conclusión, ha de otorgarse el amparo constitucional para que se reconozca la licencia de maternidad, que no se ha improbadado que sea fuente económica vital de la actora y, por ende, de su hijo, encontrándose que el ejercicio efectivo de derechos fundamentales de ambos está supeditado al suministro de dicha prestación.

En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido el 27 de octubre de 2006 por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá y, en su lugar, concederá la tutela solicitada por Mercedes Castillo Borda, tutelando los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida y el mínimo vital de ella y de su hijo menor.

En tal virtud, se ordenará a Famisanar Ltda. EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a pagarle a la señora Mercedes

Castillo Borda la licencia de maternidad a que tiene derecho.

III.- 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,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá el 27 de octubre de 2006, que denegó la acción de tutela instaurada por la señora Mercedes Castillo Borda en contra de Famisanar Ltda., EPS. En su lugar, CONCÉDESE la protección de los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida y el mínimo vital de ella y de su hijo menor.

Segundo: En consecuencia, ORDÉNASE a Famisanar Ltda., EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a pagarle a la señora Mercedes Castillo Borda la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Tercero: Por Secretaría General, LIBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-947 de 2005 (septiembre 9), M. P. Jaime Araújo Rentería y T-1161 de 2005 (noviembre 21), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

2 Cfr. T-999 de octubre 27 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.