

Sentencia T-368-09

Referencia: expediente T-2155592

Acción de tutela interpuesta por la señora Diana Paola Valencia Rojas contra Famisanar EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil nueve (2009)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Diana Paola Valencia Rojas contra Famisanar E. P. S.

### I. ANTECEDENTES

La señora Diana Paola Valencia Rojas instauró acción de tutela contra Famisanar EPS, por considerar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la salud.

#### 1. Hechos

1. Afirma que se encuentra vinculada a Famisanar EPS desde el 28 de enero de 2008, en calidad de trabajadora dependiente de la empresa “servicios y mano de obra suplementaria Servimos Ltda.”

2. Aclara que el 15 de septiembre de 2008 dio a luz a su hija en la Clínica Materno Infantil Eusalud S.A, tras un periodo de gestación de 36 semanas, debido a una

preclampsia sobrecargada. por lo que le fue concedida la incapacidad por maternidad de 84 días. El pago de la licencia fue solicitado a la EPS accionada, siendo éste negado con el argumento de no cumplir con los periodos mínimos cotizados de forma completa e ininterrumpida, según el artículo 3º del Decreto 047 de 2000, “por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.”

Como consecuencia de lo anterior, solicita tutelar sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a una vida digna y, en consecuencia, que se le ordene a Famisanar EPS el reconocimiento económico de la licencia por maternidad.

## 2. Contestación de la entidad accionada

Famisanar EPS, mediante su representante legal, contestó la acción interpuesta afirmando que no había vulnerado ningún derecho fundamental, “en la medida en que la actora recibió los servicios de salud que requirió al igual que el recién nacido no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental (...). Para el caso de la configuración de la licencia de maternidad tenemos que la accionante NO COTIZÓ EN FORMA COMPLETA E ININTERRUMPIDA durante todo el periodo de gestación para acceder a la prestación, lo anterior, se pudo constatar teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del menor (15 de septiembre de 2008), las semanas de gestación de la usuaria y los periodos de cotización de la misma. Es decir realizó 7 pagos completos x 30 días y en febrero de 2008 cotizó solo 7 días”.

Por lo anterior, solicita que se declare que la presente acción de tutela es improcedente.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

### Sentencia única de instancia

En sentencia emitida el 9 de diciembre de 2008, el Juzgado Cincuenta y cinco Civil Municipal de Bogotá resolvió negar la solicitud de tutela. En apoyo de su decisión, adujo como motivos, los siguientes: (i) por un lado, “que para acceder a las pretensiones económicas derivadas a la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso”; de otro, (ii) “que en el expediente no obra prueba

acerca de la cotización ininterrumpida por cuenta de la accionante al sistema general de seguridad social en salud, durante el tiempo de su gestación, y dado que de la documentación obrante en el expediente, se desprende que la misma no cotizó el tiempo requerido”.

### III. Pruebas

Del material probatorio allegado a esta Corporación, la Sala destaca lo siguiente:

\* Fotocopia de la última afiliación de la accionante a Famisanar EPS con fecha de enero de 2008 (folio 4).

\* Impresión de la historia de aportes registrada en el portal electrónico del Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga (folios del 8 al 10).

\* Copia resumen de la historia Clínica de la accionante (folios del 11 al 15).

\* Copia del certificado de Famisanar EPS, negando el reconocimiento del pago por licencia de maternidad (folio 16).

\* Copia de los aportes realizados por la empresa “Servicios y mano de obra suplementaria Servimos Ltda.”, en la que trabajaba la accionante durante la vigencia del último contrato (folios 17 a 26).

### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

#### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo 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, en cumplimiento del Auto de 17 de febrero de 2009 de la Sala de Selección de Tutela núm. 2 de la Corte Constitucional.

#### 2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se vulneran los derechos fundamentales de la señora Diana Paola Valencia Rojas y de su hija, por la negativa de Famisanar EPS a efectuar el pago de la licencia por maternidad, al no encontrar acreditado el requisito de la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

Teniendo en cuenta que este problema jurídico se ha abordado en repetidas ocasiones y ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, es preciso reiterar la jurisprudencia en relación con: (i) la protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo, durante y en la época posterior al parto; (ii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de licencias por maternidad; (iii) la exclusión de la aplicación del periodo mínimo de cotización durante el periodo de gestación como mecanismo de protección constitucional. Con base en ello (iv) se procederá a revisar el caso concreto.

3. Protección constitucional especial de la mujer en estado de embarazo, durante y en la época posterior al parto. Reiteración de jurisprudencia

En cuanto a la protección especial de la mujer trabajadora en estado de embarazo, durante y en la época posterior al parto, es importante resaltar en primer lugar, lo consignado en el artículo 43 de la Carta Política en el que se 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...” (Negrillas fuera del texto).

Ésta obligación surge en el Estado colombiano, además, por la aprobación y posterior ratificación que éste ha hecho de múltiples tratados y convenios internacionales que propugnan por la protección de los derechos de las mujeres y de la niñez. En efecto, instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), entre otros, incluyen dentro de sus articulados las obligaciones en cabeza de los Estados parte de conceder a

la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea ésta responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo; así mismo, la de dar especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, mediante la concesión de una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social<sup>1</sup>.

En consecuencia, esta Corte ha definido la licencia por maternidad como un elemento idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales y para la protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad y a la población infantil neonata. Es así como la misma Constitución Política desarrolla en su articulado, de manera conjunta y sistemática, una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable según la cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado. (Artículo 43).

4. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de licencias por maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios. Sin embargo, ha señalado que en los casos en que la falta de reconocimiento de un derecho de carácter prestacional ponga en peligro un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio o definitivo para evitar un perjuicio irremediable.<sup>2</sup>

De esta forma, esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad,<sup>3</sup> si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento, es decir, que se interponga bajo el principio de la inmediatez;<sup>4</sup> y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo. Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida y a la dignidad.<sup>5</sup>

En lo que respecta a la exclusión en la aplicación del periodo mínimo de cotización

como mecanismo de protección constitucional, es pertinente recordar que esta Corporación en la Sentencia T-1223 de 2008, señaló:

“En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.”

“Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes”.

“En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.”

En conclusión, la protección en los casos que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación de cada caso concreto<sup>6</sup>, deberá reconocerse el pago total de la licencia por maternidad cuando lo dejado de cotizar es menor a 10 semanas o su pago proporcional a lo cotizado

cuando se supera este plazo. 7

## 6. Análisis del caso concreto

6.1 En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, la demandante solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por Famisanar EPS al negarse a efectuar el pago de la licencia por maternidad a la que considera tiene derecho de conformidad con las normas legales y los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación.

Al respecto, Famisanar EPS señala que la peticionaria no cumple con los requisitos legales para el pago de la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, toda vez que sólo “realizó 7 pagos completos x 30 días y en febrero de 2008 cotizó solo 7 días”.

En atención a lo anterior y de conformidad con lo señalado líneas atrás, encuentra la Sala que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para reclamar el pago de ésta prestación económica derivada de la licencia por maternidad se cumple en el presente caso por las razones que pasan a exponerse:

(i) En cuanto a la verificación del principio de inmediatez, según el registro civil de nacimiento de la hija de la accionante,<sup>8</sup> ella nació el 15 de septiembre de 2008 y la acción de tutela fue interpuesta el 24 de noviembre de 2008, es decir menos de dos meses después de dar a luz. Por tanto, se cumple dicha exigencia.

(ii) El periodo de gestación de la actora según consta en su historia clínica,<sup>9</sup> por las complicaciones de salud (preclampsia sobrecargada) fue de 36,2 semanas: de este periodo según lo informa el representante de la EPS accionada, la señora Valencia Rojas realizó 7 pagos completos por 30 días y en febrero de 2008 cotizó solo 7 días, es decir cotizó 31 semanas de las 36 que duró el tiempo que duró el embarazo.

Sobre la base de la anterior inferencia, lo dejado de cotizar no es obstáculo ni se contraponen a los requisitos estipulados para acceder a la prestación económica total derivada de la licencia por maternidad, en razón a que el tiempo dejado de cotizar es inferior a 10 semanas.

(iii) De acuerdo con las reglas planteadas en la parte considerativa de esta providencia, existen supuestos que permiten a la autoridad judicial en sede de tutela presumir la afectación del mínimo vital. En el presente asunto la accionante afirmó lo siguiente: “se están vulnerando derechos fundamentales como es mi caso, lo cual es injusto al no poderse generar el MINIMO VITAL en mi estado y dejarme a mi y a mi menor nacido en grave estado de indefensión y de miseria”<sup>10</sup>

Respecto de la afirmación anterior, la EPS demandada nada controvertió sino que simplemente se limitó a expresar que la licencia se había negado por no haber cotizado durante todo el periodo de gestación. Ante esta circunstancia opera la presunción de afectación del mínimo vital de la accionante y su hija, razón por la que se concederá el amparo solicitado.

6.2 Por los argumentos anteriormente expuestos y con el fin de materializar el amparo que a la luz de las normas internacionales compete al Estado respecto de las mujeres gestantes y sus hijos durante el embarazo y en el periodo posterior al parto; esta Sala de Revisión inaplicará la exigencia relativa al periodo mínimo de cotización y revocará la providencia dictada por el Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá. En consecuencia dará aplicación directa de los artículos 43 y 50 de la Constitución, ordenando a Famisanar EPS efectuar el pago total de la licencia por maternidad a favor de la señora Diana Paola Valencia Rojas y de su pequeña hija, como mecanismo para conjurar la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad y al mínimo vital.

6.3 La Sala advierte que la EPS Famisanar, en las Sentencias T-247 de 2008, T-505 de 2008 (expediente T-1812962), T-794 de 2008 (expedientes T-1883721 y T-1885485), T-998 de 2008 (expedientes 1721231, T1958305), T-1223 de 2008 (expediente T-15252077), T-990 de 2007, T-368 de 2006 y T-205 de 1999, ya había sido advertida de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Corte y que presentan identidad fáctica con el caso estudiado. En otras palabras, la Corte ya había manifestado a esta EPS los deberes y obligaciones que tienen para con las mujeres en estado de embarazo y sus hijos. Ante esta situación, encuentra la Sala ineludible que se adopten medidas adicionales encaminadas a la protección de los derechos fundamentales de las madres gestantes y de sus hijos. Así, con miras a prevenir la reincidencia de actos vulneratorios contra las madres gestantes y de sus hijos, como lo ha expresado esta

corporación en sentencias anteriores,<sup>11</sup> se hace necesario adoptar medidas que contemplen un componente informativo y pedagógico.

En consecuencia, la EPS Famisanar deberá publicar al menos durante un año - en sitios visibles y de información al público de la entidad como afiches, plegables, anuncios, carteles, medios electrónicos, página Web, (entre otros)- que las mujeres embarazadas y los recién nacidos son sujetos de especial protección constitucional y que tienen derecho a percibir la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con independencia de si cotizan o no durante todo el periodo de gestación, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.

Igualmente, en dichos medios deberá describir pedagógicamente los derechos y mecanismos que tienen las madres para acceder a la prestación económica derivada de la licencia por maternidad.

Además, la EPS deberá informar al Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá acerca del cumplimiento de las órdenes dadas en la presente providencia. A su vez, el juzgado referido controlará el atento cumplimiento de las medidas ordenadas en esta sentencia e informará de su cumplimiento a esta Sala de Revisión.

## V. 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:

### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido en el proceso de la referencia por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá. En su lugar CONCEDER, por las razones y en los términos de esta Sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad de la señora Diana Valencia Rojas y de su hija.

SEGUNDO.- ORDENAR a Famisanar EPS 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 reconocer y pagar en su totalidad, la licencia por maternidad de la señora Diana Paola Valencia Rojas, con fundamento en el monto que servía de base de cotización

al momento del nacimiento de su hija.

TERCERO.- ORDENAR a Famisanar EPS que, en el término perentorio y razonable de 5 días (a partir de la notificación de esta providencia), publicar al menos durante un año -en sitios visibles y de información al público de la entidad como afiches, plegables, anuncios, carteles, medios electrónicos, página Web, (entre otros)- que las mujeres embarazadas y los recién nacidos son sujetos de especial protección constitucional y que tienen derecho a percibir la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con independencia de si cotizan o no durante todo el periodo de gestación, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación.

Igualmente, en dichos medios debe especificar pedagógicamente los derechos y mecanismos que tienen las madres para acceder a la prestación económica derivada de la licencia por maternidad.

CUARTO. ORDENAR a la EPS Famisanar que informe al Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá el cabal cumplimiento de lo ordenado en esta Sentencia. REQUERIR al Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá para que controle e informe a esta Sala de Revisión el pleno cumplimiento de las medidas ordenadas en esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...”. Así mismo, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador establece: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

2 Ver entre otras las Sentencias T-460 de 2003, T-790 de 2005 y T-1011 de 2006.

3 En la Sentencia T-1223 de 2008 se estableció: “la protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues 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 mujer como para su familia, en especial para el recién nacido.” En este mismo sentido, pueden consultarse las Sentencias T-247 de 2008, T-505 de 2008, T-794 de 2008, T-998 de 2008, T-368 de 2006, T-205 de 1999, T-990 de 2007.

4 En cuanto al principio de inmediatez, luego de distintas posturas, la Corte Constitucional armonizó y adoptó a partir de la Sentencia T-999 de 2003 como medida de protección al recién nacido (a) y a la madre gestante, la ampliación en la oportunidad para que la madre solicite el amparo dentro del término de un año a partir del nacimiento del niño. Lo anterior con fundamento en el artículo 50 de la Constitución.

5 En Sentencia T-136 de 2008 la Corte respecto de este específico tema desarrolló la aplicación de la presunción en comento, y reiteró que “[L]a accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad. Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos”. (Negrillas fuera del texto).

6 Se debe tener en cuenta el tiempo real de gestación en cada caso concreto y calcular sobre la base de semanas y no meses.

7 Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-530/07, T-204/08, T-781/08 y en especial la T-727 de 2009.

8 Folio 7

10 Folio 29

11 Confróntese la Sentencia T-088 de 2008.