

T-489-18

Sentencia T-489/18

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

CONTRATO DE CESION-Naturaleza jurídica

CESION EN MATERIA DE CREDITOS O DE CONTRATOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO AL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Orden a EPS de reconocer y pagar licencia de maternidad a la accionante, por haber cotizado ininterrumpidamente como independiente

Referencia: Expediente T-6.683.302

Acción de tutela instaurada por Ana Isabel Cadena Rey en contra de CAFESALUD EPS -en reorganización- y MEDIMÁS EPS

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C, catorce (14) de Diciembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Ana Isabel Cadena Rey, en nombre propio, contra CAFESALUD EPS -en reorganización- y MEDIMÁS EPS.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número

Cuatro, mediante Auto del 17 de abril de 2018, notificado el 2 de mayo del mismo año y repartido a la Sala Quinta de Revisión. La ponencia fue asignada por reparto al Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El 14 de noviembre de 2017[1], la señora Ana Isabel Cadena Rey, en nombre propio, presentó acción de tutela contra CAFESALUD EPS -en reorganización y MEDIMÁS EPS, con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad personal, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, al no reconocerle la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Pretende la accionante que se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, según los hechos que a continuación se resumen:

2. Hechos

2.1 La señora Ana Isabel Cadena Rey se encuentra vinculada a MEDIMÁS EPS en calidad de cotizante independiente[2].

2.2 Señala la accionante que el 5 de junio de 2017 nació su hija Emmy Julietha Rosado Cadena, motivo por el cual su médico le expidió una incapacidad médica por 126 días[3].

2.3 Informa la demandante que el 23 de junio de 2017 acudió a las oficinas de la CAFESALUD EPS en Arauca con el fin de realizar el trámite de liquidación de su licencia de maternidad y allí le indicaron que en el mes de octubre siguiente radicara la cuenta de cobro para su correspondiente pago[4].

2.4 Aduce la señora Cadena Rey, que con el fin de obtener una respuesta concreta y por escrito frente al pago de la licencia de maternidad, el 18 de septiembre de 2017, presentó una solicitud en ejercicio del derecho de petición ante MEDIMÁS EPS con sede en Arauca[5].

2.5 El 20 de septiembre de 2017, MEDIMÁS EPS, le informó a la accionante que como las incapacidades por licencia de maternidad fueron causadas con anterioridad al 1 de agosto de 2017[6], no le correspondía efectuar el pago, por lo tanto debía radicar su solicitud ante las oficinas de CAFESALUD EPS en la ciudad de Bogotá[7].

2.6 Así las cosas, el 29 de septiembre de 2017, la accionante presentó solicitud dirigida a CAFESALUD EPS, a través de correo electrónico a la dirección: notificacionesjudiciales@cafesalud.com.co, con el fin de obtener el pago de su licencia de maternidad[8], no obstante lo anterior, no ha recibido respuesta alguna.

3. Oposición a la demanda

Mediante Autos del 14 y 15 de noviembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, admitió la acción de tutela presentada por Ana Isabel Cadena Rey, notificó a las entidades accionadas CAFESALUD EPS -en reorganización y MEDIMÁS EPS y vinculó de manera oficiosa a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y a la Superintendencia Nacional de Salud[10].

3.1. Oportunamente, la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, dio contestación a la presente solicitud de amparo en los siguientes términos[11]:

De acuerdo con el artículo 2.6.1.1.2.10 del Decreto 780 de 2016[12], su obligación respecto al pago de las licencias de maternidad, inicia una vez las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) presentan las mismas para su reconocimiento y pago, lo cual en este caso no ha acontecido. Por ello, solicita su desvinculación en esta solicitud de amparo.

3.2 Las entidades accionadas y la Superintendencia Nacional de Salud no dieron respuesta a la acción de tutela dentro de la oportunidad procesal otorgada.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2017, resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por la señora Ana Isabel Cadena Rey. Al respecto, señaló que en el caso objeto de estudio la accionante

cuenta con otro medio de defensa judicial. Adicionalmente, precisó que no se comprobó la existencia de un perjuicio irremediable.

Por otra parte, advirtió que no se acreditó el cumplimiento del requisito de inmediatez, pues la demandante acudió a la acción constitucional después de seis meses de que el médico tratante le otorgara la incapacidad.

El fallo de primera instancia no fue impugnado por las partes.

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, el Magistrado Sustanciador en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y con el ánimo de obtener los elementos de juicio necesarios para adoptar una mejor decisión, el día 14 de junio de 2018 expidió auto en el cual se decretó la práctica de algunas pruebas[13].

“PRIMERO.- SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General, a la señora Ana Isabel Cadena Rey, quien actúa como accionante en la presente acción de tutela, informe a la Sala lo siguiente:

(i)¿Se encuentra trabajando actualmente?

(ii)¿Actualmente cuenta con ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas y las de su hija?

(iii)¿Ha iniciado algún proceso ante la jurisdicción ordinaria solicitando el pago de la licencia de maternidad, a la que hace referencia en la presente acción de tutela?

(iv)¿Ha recibido alguna(s) respuesta(s) por parte de MEDIMÁS EPS – CAFESALUD EPS EN REORGANIZACIÓN con relación al pago de la licencia de maternidad que solicita en esta acción de tutela? En caso afirmativo, se solicita aportar dicha(s) respuesta(s) a esta Corporación.

SEGUNDO.- SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General, a MEDIMÁS EPS – CAFESALUD EPS EN REORGANIZACIÓN, informe a la Sala lo siguiente:

(i)¿Desde qué fecha se encuentra afiliada al sistema de seguridad en salud, la señora Ana Isabel Cadena Rey, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.116.790.757?

(ii)¿Cuántas semanas de cotización registra a favor de la señora Ana Isabel Cadena Rey al sistema de seguridad social en salud?

(ii)¿Ha emitido alguna respuesta al derecho de petición presentado por la accionante el día 29 de septiembre de 2017[14], en el cual solicita el pago de la licencia de maternidad? En caso afirmativo, se solicita aportar dicha contestación a esta Corporación.

(iv)¿Ha emitido alguna respuesta con relación al pago de la licencia de maternidad de la señora Ana Isabel Cadena Rey, quien se encuentra afiliada a MEDIMÁS EPS – CAFESALUD EPS EN REORGANIZACIÓN? En caso afirmativo, se solicita aportar dicha(s) contestación(es) a esta Corporación.

1.1 El 12 de julio de 2018, la Secretaría General de esta Corporación, remitió al despacho del Magistrado Sustanciador escrito enviado por la accionante, en el cual se dio respuesta al auto de pruebas del 14 de junio de 2018, en los siguientes términos:

“(i) ¿Se encuentra trabajando actualmente?

Si, en la actualidad estoy laborando bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, el cual va hasta el 31 del mes de Julio de 2018. De ahí en adelante, debo salir a buscar trabajo.

(ii)¿Actualmente cuenta con ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas y las de su hija?

Sí, pero hasta el día en que dure mí actual contrato de prestación de servicios, es decir hasta el 31 de julio de 2018.

(iii)¿Ha iniciado algún proceso ante la jurisdicción ordinaria solicitando el pago de la licencia de maternidad, a la que hace referencia en la presente acción de tutela?

No, lo único que hice fue acudir a la acción de tutela esperanzada en que la misma me protegiera el derecho fundamental que me fue vulnerado.

(iv)¿Ha recibido alguna(s) respuesta(s) por parte de MEDIMÁS EPS – CAFESALUD EPS EN REORGANIZACIÓN con relación al pago de la licencia de maternidad que solicita en esta acción de tutela? En caso afirmativo, se solicita aportar dicha(s) respuesta(s) a esta Corporación.

Sí, a continuación, allego lo siguiente:

-Copia del oficio recibido de Medimás de fecha 20 de septiembre de 2017 PQR-MEDICON-48885 contentivo en un (1) folio.

-Copia del oficio recibido de Medimás de fecha 29 de diciembre de 2017 PQR-MEDICON-136141 contentivo en dos (2) folios.

Adicional a lo anterior, también acudí a la Superintendencia Nacional de Salud y de ellos recibí respuesta mediante oficio No.2-2017-130208 de fecha 22 de noviembre de 2017, el cual viene con copia del oficio No.2-2017-112100 que ésta le envió el 25 de octubre de 2017 al Doctor Luis Guillermo Vélez Atehortúa, Presidente de CAFESALUD EPS SA.

Anexo además dada la pertinencia de los siguientes documentos:

-Copia del formato de la empresa CAFESALUD – SOLICITUD PARA PAGO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS, el cual diligencié como requisito del proceso y atendiendo y atendiendo instrucciones de dicha empresa de fecha 29 de septiembre de 2017 contentivo en un folio.

-Copia del CERTIFICADO DE LICENCIA O INCAPACIDADES No. 5501590 de fecha 23 de junio de 2017 en el cual se aprecia: Estado del trámite: Liquidada, contentivo en un folio.

-Copia de la incapacidad médica No. 11549 de fecha 06 de junio de 2017 emanada del Hospital San Vicente de Arauca, contentivo en un folio.

-Copia de la certificación bancaria que también me indicaron debía allegarla para dicho pago.”

1.2 CAFESALUD EPS -en reorganización y MEDIMÁS EPS, guardaron silencio frente al auto de pruebas del 14 de junio de 2018.

2. El 31 de julio de 2018, la accionante Ana Isabel Cadena Rey, previa solicitud del despacho, remitió copia de los comprobantes de pago de cotizaciones a CAFESALUD EPS durante el periodo de gestación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto en cuestión y proferir sentencia dentro de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y dando cumplimiento al Auto del 17 de abril de 2018, emitido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que ordenó la revisión del presente caso.[15]

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.1 Legitimación por activa

El artículo 86 Superior establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispone que “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones[16], concluyendo que la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

Para el caso concreto, la señora Ana Isabel Cadena Rey es quien actúa como demandante

en la acción de tutela que ocupa la atención de la Sala y quien considera vulnerados sus derechos al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana e integridad personal, al no habersele reconocido y pagado su licencia de maternidad. En consecuencia, se encuentra legitimada por activa.

2.2 Legitimación por pasiva

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[17] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que hayan violado o amenacen violar un derecho fundamental. Así mismo, el inciso 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 señala que procede contra particulares que estén encargados de la prestación del servicio público de salud[18].

En el caso concreto, la acción de tutela se dirige contra CAFESALUD EPS -en reorganización- y MEDIMÁS EPS, entidades de quienes la accionante predica la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, al no reconocerle la licencia de maternidad a la que considera la accionante, tiene derecho.

Por lo tanto, se tiene que la accionante estuvo afiliada a CAFESALUD EPS y en la actualidad el contrato celebrado con esa entidad es asumido por MEDIMÁS EPS, ambas entidades particulares encargadas de prestar el servicio público de salud y en tal calidad, podrían estar obligadas a reconocer y pagar la licencia de maternidad en favor de la actora. Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política y 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.3 Inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador.

En este caso se observa que la señora Ana Isabel Cadena Rey presentó la acción de tutela el 14 de noviembre de 2017, y MEDIMÁS EPS le negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante el 20 de septiembre del citado año. Así, transcurrieron menos de 2 meses entre la actuación de la entidad accionada y la solicitud de amparo. Por virtud de lo anterior, a juicio de esta Sala de Revisión, se trata de un término razonable que

no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo.

Además, conforme a la jurisprudencia constitucional el plazo para reclamar la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad por vía de acción de tutela es de (1) un año, contado a partir de la fecha del parto[19].

Una vez superado el análisis de los requisitos de legitimación por activa, legitimación por pasiva e inmediatez, se procede al estudio del requisito de subsidiariedad, donde se analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

2.4 Subsidiariedad

Por regla general, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede para ordenar temas relacionados con controversias laborales, pues existen ciertos mecanismos que el legislador ha previsto para solucionar este tipo de conflictos.

Es claro para esta Corporación, que la esencia de este mecanismo constitucional es precisamente su carácter de excepcional, sin que su objetivo sea desplazar ni reemplazar los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, pues se perdería la razón de ser de la acción de tutela. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la pretensión solicitada adquiere relevancia constitucional y en caso de que se observe una clara y real vulneración a los derechos fundamentales, es posible acudir a la solicitud de amparo para su protección.

La Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que acudir a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer ineficaz el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que es competencia del juez constitucional conocer de fondo la materia y, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para su causación, proceder a su efectivo reconocimiento[20].

Esta Corporación ha resaltado en varias oportunidades que, a pesar de que ya existe

regulación con respecto a la figura de la licencia de maternidad, se debe tener una especial atención a las necesidades de las mujeres más pobres y vulnerables del país, frente a las cuales, “la Constitución permite que se adopten medidas especiales y diferenciadas que garanticen su protección, a manera incluso de acción afirmativa”[21].

La figura de la “acción afirmativa”, hace referencia a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, que favorece a determinadas personas o grupos de personas que tradicionalmente han estado marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de toda la sociedad.

La acción afirmativa es un concepto establecido por el sistema jurídico de los Estados Unidos, cuyo propósito consistía en “promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales”[22]. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su incursión en varios espacios que eran solo para los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral.

La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas “acciones de discriminación positiva”, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas[23].

De conformidad con la sentencia C-115 de 2017[24], el fundamento de las políticas de acción afirmativa de igualdad, es el artículo 13 de la Constitución Política que dispone que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta que la figura de la licencia de maternidad se trata de una acción afirmativa, como quiera que ésta establece una especial protección a un grupo poblacional como son las mujeres que son madres, y en virtud del derecho a la igualdad, la acción de tutela resulta ser el mecanismo viable e idóneo para controvertir la situación expuesta por la demandante.

3. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

En esta oportunidad corresponde a la Sala Quinta de Revisión responder el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera MEDIMÁS EPS los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora Ana Isabel Cadena Rey, al negarle el reconocimiento de la licencia de maternidad y por consiguiente su pago, bajo el argumento según el cual dicha prestación económica se causó antes del 1 de agosto de 2017?

Con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado, la Sala tratará los siguientes temas: (i) naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia; (ii) requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; (iii) naturaleza jurídica del contrato de cesión en el ordenamiento jurídico colombiano y, (iv) el caso concreto.

4. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

Conforme al mandato de especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, previsto en el artículo 43 de la Constitución Política, y de la protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagró la figura de la licencia de maternidad la cual es un período de descanso remunerado en época del parto[25].

Inicialmente, dicho periodo se estableció por 8 semanas. Luego, con la modificación efectuada por la Ley 50 de 1990, se extendió a 12 semanas y, posteriormente, la Ley 1468

de 2011 la amplió a 14 semanas. En la actualidad, con la reforma señalada en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, se determinó un período de 18 semanas de licencia de maternidad[26].

La licencia de maternidad además de tener una connotación económica deriva una doble e integral protección: (i) doble, por cuanto cubre a las madres y a sus hijos o hijas; e (ii) integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad[28].

Cabe resaltar que para esta Corporación, la licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, “a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido[29]”.

Esta prestación cubre tanto a personas vinculadas mediante contrato de trabajo como a todas aquellas que con motivo del nacimiento, suspenden sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que satisfacían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento[30].

5. Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad

La licencia de maternidad se encuentra regulada en el artículo 1º de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017[31] en estos términos:

“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la

trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

Por su parte, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016[32] dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 del citado decreto se ocupa de regular el caso de la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y cotiza un período inferior al de gestación. Según esta disposición tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad de la siguiente manera: (i) Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia y (ii) Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago

proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

Asimismo, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017, reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de la licencia de maternidad[33].

La anterior regulación permite concluir, para lo que interesa a la presente causa, que las trabajadoras independientes deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS.

6. Naturaleza jurídica del contrato de cesión en el ordenamiento jurídico colombiano

La figura de la “cesión de contrato” se encuentra consagrada en el Código de Comercio en los artículos 887 a 896, tratándose de negocios jurídicos de carácter privado.

Sobre el particular, tanto en la cesión de contrato de carácter comercial como estatal, “se configura una posición jurídica y material de una de las partes contratantes, adquiriendo el tercero las obligaciones y derechos que le correspondían al contratista cedente dentro de la relación contractual”[34].

Ahora bien, la figura de la cesión de contrato, concebida de modo unitario, no aparece contemplada en el derecho positivo colombiano a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, pero su licitud puede ser admitida conforme al principio de la autonomía de la voluntad privada que, dentro de ciertos límites, consagra el artículo 1255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Lo que constituye la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual. En otras palabras, es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante en lugar de uno de los contratantes originarios.

Bajo este contexto, el cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al momento de la cesión, por lo que se convierte en titular de los derechos y

sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente para ese momento, sin que se produzca alteración, modificación o extinción.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha realizado un análisis de la figura de la cesión en materia de créditos o de contratos, en el siguiente sentido:

“Frente a las inmediatas relaciones entre cesión de créditos y de contratos, es necesario entender que, a pesar de las similitudes entre las dos figuras, se trata de instituciones diferentes;(...)

Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido. Desde luego, no es cesión autónoma de créditos porque esta institución transfiere exclusivamente un crédito, esto es el aspecto activo de la relación obligatoria como derecho a exigir el cumplimiento de la prestación o de la acreencia por parte del deudor; tampoco es asunción de deudas, porque aquí se transmiten pasivos, se cede una deuda con acuerdo del acreedor cedido. La cesión contractual es la sustitución o transmisión de parte o todo de las relaciones contractuales, tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato.

De ahí, la cesión contractual tiene por efecto “(...) el subingreso, por un solo acto de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva. Como opera una sucesión total en la relación jurídica, la cesión de contrato es un medio técnico de circulación más progresiva que la cesión de crédito y la asunción de deuda”[35]

Así mismo, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 19 de octubre de 2011, estableció que “(...) los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones

que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente (...)”[36].

Ahora bien, esta Corporación ha establecido que pueden darse situaciones excepcionales que les impiden a las EPS continuar con su operación, lo cual sucedió en el caso de CAFESALUD EPS y MEDIMÁS EPS. Lo anterior, genera escenarios de intervención estatal y de reorganización administrativa, bajo la supervisión y aprobación de la autoridad competente, en los que puede presentarse la cesión de activos, pasivos, contratos y usuarios.

Es también en estos escenarios, en los cuales “deben garantizarse el principio de continuidad en la prestación del servicio, al establecer que la transmisión del derecho cedido se produce en todas sus dimensiones y privilegios y operará desde el momento de la celebración del contrato. De esta manera, las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan a la entidad cesionaria, por lo que esta última asume la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos en los términos establecidos en la Constitución y la ley, como aplicación al principio de continuidad”[37].

7. Caso concreto

La señora Ana Isabel Cadena Rey presentó acción de tutela al considerar que CAFESALUD - en reorganización y MEDIMÁS EPS vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana e integridad personal, al no reconocerle la licencia de maternidad a la que considera la actora, tiene derecho.

A pesar de que las entidades accionadas fueron notificadas de la demanda de tutela, no se pronunciaron al respecto.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2017, resolvió declarar improcedente la referida acción de tutela porque no se acreditó el cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, toda vez que existe otro medio de defensa judicial y la demandante acudió a la acción constitucional después de seis meses de que le fuera concedida la incapacidad.

A continuación, la Sala procede a realizar el estudio del presente caso concreto. Para tal

efecto, en primer lugar, verificará los hechos que se encuentran debidamente probados y, posteriormente, verificará si se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante por el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- La señora Ana Isabel Cadena Rey se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de MEDIMÁS EPS, en calidad de trabajadora independiente.
- La tutelante realizó todos los aportes durante los meses que correspondieron al periodo de gestación de forma oportuna, tal y como consta en los comprobantes de pago allegados en sede de revisión:

NÚMERO DE PLANILLA

MES DE COTIZACIÓN

AÑO DE COTIZACIÓN

FECHA DE PAGO (AAAA/MM/DD)

1

7645914674

Octubre

2016

2016/10/18

2

7647824559

Noviembre

2016

2016/11/18

3

3210021601

Diciembre

2016

2016/12/09

4

3210112206

Enero

2017

2017/01/26

5

3210112206

Febrero

2017

2017/02/15

6

7657185627

2017

2017/03/15

7

7659433369

Abril

2017

2017/04/17

8

7661457194

Mayo

2017

2017/05/11

9

5236427051

Junio

2017

2017/06/08

- El 18 de septiembre de 2017, la accionante presentó un escrito en ejercicio del derecho de petición ante MEDIMÁS EPS en el que solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad para lo cual adjuntó: certificación de afiliación, certificación de semanas cotizadas, copia del certificado de licencia de maternidad y copia de la cédula de

ciudadanía.

- El 20 de septiembre de 2017, MEDIMÁS EPS le informó a la demandante que no le correspondía efectuar el reconocimiento y pago solicitados porque las incapacidades por licencia de maternidad fueron causadas con anterioridad al 1 de agosto de 2017. De ahí que, debía radicar su solicitud ante las oficinas de la EPS CAFESALUD en la ciudad de Bogotá.

- Conforme lo anterior, el 29 de septiembre de 2017, la señora Cadena Rey elevó su petición a la EPS CAFESALUD, la cual fue dirigida al correo institucional de esta entidad, con el fin de lograr el reconocimiento y pago de la mencionada prestación económica, para lo cual anexó los siguientes documentos: formato de solicitud para pagos de incapacidades y licencias, certificación de licencia de maternidad, copia de la incapacidad otorgada en el hospital San Vicente de Arauca, copia de la cédula de ciudadanía, copia de la certificación bancaria y copia de la respuesta de MEDIMÁS EPS, sin que a la fecha exista pronunciamiento alguno sobre el particular.

- Ante dicha negativa, la petente acudió a la Superintendencia Nacional de Salud -no se especifica la fecha- entidad que emitió respuesta el 22 de noviembre de 2017 indicando que se había dado traslado de la solicitud a CAFESALUD EPS.

- Mediante escrito del 29 de diciembre de 2017, MEDIMÁS EPS le informó a la peticionaria que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", ordenó a la entidad efectuar el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS "sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales"[38].

- Bajo esta consideración, le advirtió a la demandante que como no se había efectuado reconocimiento alguno respecto de su licencia de maternidad por parte de CAFESALUD EPS, no era procedente el pago. Finalmente, le sugirió a la actora adelantar el cobro de dicha prestación económica directamente ante las oficinas de CAFESALUD EPS ubicadas en Bogotá D.C.

- Mediante Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó un plan de reorganización empresarial de CAFESALUD EPS que originó la creación de una nueva EPS denominada MEDIMÁS EPS S.A.S. En esa medida, la última entidad asumió la

posición de parte de CAFESALUD EPS en lo que respecta a la prestación del servicio público de seguridad social en salud[39].

Específicamente, la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud preceptuó lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. APROBAR el Plan de Reorganización Institucional, presentado por el Representante Legal de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT. 800.149.949-6), consistente en la creación de una nueva entidad a saber, la sociedad MEDIMÁS EPS SAS. (NIT. 901.097.473-5).

ARTÍCULO SEGUNDO. APROBAR la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación de servicios de salud del plan de beneficios y la cesión total de los afiliados, así como la habilitación como Entidad Promotora de Cafesalud a la sociedad MEDIMÁS EPS, en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización Propuesto.”

Por su parte, esta Corporación ha establecido que pueden existir situaciones excepcionales que les impiden a las EPS continuar con su operación, como lo es el caso en cuestión, y por lo tanto se generan escenarios de intervención estatal y de reorganización administrativa, bajo la supervisión de la autoridad competente, en los que puede ocurrir la cesión de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios. La Corte ha señalado que la transmisión del derecho cedido se produce en todas sus dimensiones y privilegios y operará desde el momento de la celebración del contrato. “De esta manera, las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan a la entidad cesionaria, por lo que esta última asume la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos en los términos establecidos en la Constitución y la ley, como aplicación al principio de continuidad”[40].

Además, cabe advertir que en el trámite de una acción popular interpuesta contra la Superintendencia Nacional de Salud, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante providencia del 26 de octubre de 2017 dictó medidas cautelares de emergencia orientadas a que MEDIMÁS EPS cumpliera con la satisfacción plena de todas las obligaciones que recibió de CAFESALUD EPS.

El mencionado tribunal verificó que MEDIMÁS EPS incurrió en una serie de acciones y

omisiones que les imponían a los usuarios afiliados a CAFESALUD EPS y que luego fueron trasladados a MEDIMÁS, cargas adicionales, que no tenían por qué soportar, pues “no tuvieron ningún tipo de participación en el proceso de adquisición de CAFESALUD EPS por parte de MEDIMÁS EPS.”

En particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló lo siguiente:

“(…) es necesario dictar medidas cautelares de urgencia dentro del presente medio de control encaminadas a que MEDIMÁS EPS cumpla en el menor tiempo posible y la Superintendencia Nacional de Salud verifique, la satisfacción plena de todas las obligaciones que se recibieron por parte de Cafesalud EPS, a saber, citas, autorizaciones de servicio, entrega de medicamentos, pago de incapacidades y cumplimiento de las acciones de tutela falladas contra CAFESALUD EPS; con el propósito de que cese la amenaza del derecho colectivo de acceso a la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna.” (Negrilla en el texto original).

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante auto del 18 de mayo de 2018, decidió el recurso de apelación presentado por el actor y MEDIMÁS EPS contra el proveído del 26 de octubre de 2017, proferido por la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmando la medida cautelar decretada.

Para esta Sala, por lo anteriormente señalado, es MEDIMÁS EPS quien actualmente tiene la obligación constitucional y legal de garantizar a la accionante el reconocimiento de la licencia de maternidad, dado que, entre ambas entidades se avaló una cesión completa e íntegra de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios[41].

En el presente asunto, la acción de tutela se dirigió contra CAFESALUD EPS y MEDIMÁS EPS. La primera, a la cual estaba afiliada la accionante, dos meses después del nacimiento de su hija[42] entró en un plan de reorganización que dio lugar a la cesión de todos sus activos, pasivos, contratos y específicamente de los afiliados a la segunda, creada con ocasión de la mencionada operación administrativa, la cual como se advirtió previamente, fue aprobada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 2426 del 19 de julio de 2017[43].

Por esta razón es MEDIMÁS EPS quien debe reconocer y pagar a la accionante su licencia de maternidad y no CAFESALUD EPS, pues esta entidad ya no existe y en virtud de la figura del contrato de cesión, es MEDIMÁS EPS quien asumió todo aquello que en su momento tuvo a su cargo la EPS anterior.

La Sala concluye que la accionante no tiene por qué soportar la demora en los trámites administrativos de cesión, y por lo tanto no es de recibo para esta Sala el argumento de la accionada MEDIMÁS EPS al afirmar que es CAFESALUD EPS quien no reconoció la licencia de maternidad y por esto, debe la actora dirigirse a esta entidad, que valga decir, para efectos jurídicos ya no existe.

La prestación económica que en esta ocasión se reclama es prioritaria su pago, por cuando quedó demostrado que: (i) la accionante es contratista e informó que el contrato que tenía vigente iba a terminar; (ii) la situación antes descrita, sumada a la falta de ingresos durante el tiempo de la licencia de maternidad, supone que se encuentra en situación de indefensión; (iii) la Superintendencia Nacional de Salud tuvo conocimiento de la situación y en lugar de asumir el conocimiento del caso, se limitó a remitirlo a CAFESALUD EPS, lo cual demuestra la ineficacia de este mecanismo.

Se debe tener en cuenta que la licencia de maternidad es una acción afirmativa a favor de la mujer, lo cual implica que para el caso concreto, ésta no se encuentra en la posibilidad de soportar las cargas innecesarias que le impone el Sistema General de Seguridad Social de Salud.

Para esta Sala de Revisión, la negativa de MEDIMÁS EPS de negarle a la accionante el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad no tiene justificación alguna y le corresponde a esta entidad la obligación constitucional y legal de garantizar a la peticionaria el reconocimiento de la licencia de maternidad, toda vez que entre ambas entidades se avaló una cesión completa e íntegra de activos, de pasivos, de contratos y de usuarios.

El argumento de MEDIMÁS EPS para negar la prestación económica de la licencia de maternidad, según el cual la incapacidad fue otorgada con anterioridad al 1 de agosto de 2017 no resulta válido, si se tiene en cuenta que es al Sistema General de Seguridad Social en Salud al que le corresponde cubrir las prestaciones por concepto de la mencionada

licencia que se originen con ocasión del nacimiento de un niño cuya madre se encuentra afiliada al régimen contributivo.

Además, las cotizaciones que efectuó la demandante a CAFESALUD EPS, en particular, durante el periodo de gestación, son para la integralidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, no para una determinada EPS. Lo anterior, conforme los principios de universalidad y solidaridad consagrados en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, vale la pena anotar que la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) es la encargada de asumir los valores de la licencia de maternidad, las EPS simplemente son delegatarias de dicho pago y es finalmente la mencionada entidad la que asume su costo.

Conforme con lo anterior, encuentra la Sala que MEDIMÁS EPS vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento según el cual dicha prestación económica se causó antes del 1 de agosto de 2017.

Dado que existe certeza respecto del derecho que le asiste a la accionante en relación con el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, por cuanto en el expediente obran copias de las cotizaciones realizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en las cuales se evidencia que la señora Ana Isabel Cadena Rey cotizó ininterrumpidamente como independiente durante todo su periodo de gestación, esto es, nueve meses desde septiembre de 2016 hasta junio de 2017, cuando nació su hija, se ordenará a MEDIMÁS EPS que proceda a reconocer y cancelar la licencia solicitada.

Así las cosas, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca el 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela presentada por la señora Ana Isabel Cadena Rey. En su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana de la accionante.

En virtud de lo anterior, la Sala le ordenará a MEDIMÁS EPS que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de

maternidad a la señora Ana Isabel Cadena Rey.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca el 27 de noviembre de 2017, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la señora Ana Isabel Cadena Rey.

SEGUNDO.- ORDENAR a MEDIMÁS EPS que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a favor de la señora Ana Isabel Cadena Rey.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-489/18

Referencia: Expediente T-6.683.302

Acción de tutela instaurada por Ana Isabel Cadena Rey contra CAFESALUD EPS y MEDIMAS EPS.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la Sala Quinta de Revisión, en sesión del 14 de diciembre de 2018.

1. La sentencia de la referencia estudió la acción de tutela presentada por la señora Ana Isabel Cadena Rey contra CAFESALUD EPS y MEDIMAS EPS, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad personal.

En particular, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que le fue negada por las entidades prestadoras de salud demandadas. CAFESALUD EPS no reconoció la licencia de maternidad e indicó a la accionante que debía esperar un tiempo para tramitarla. Para el momento en que la accionante reclamó nuevamente la licencia, había operado una cesión entre CAFESALUD EPS y MEDIMAS EPS. En consecuencia, la accionante presentó la reclamación ante MEDIMAS EPS y ésta, a su vez, negó la prestación porque alegaba que al momento de la cesión no existía una acreencia reconocida a favor de la accionante.

La Sala Quinta de Revisión verificó que la accionante realizó las cotizaciones al sistema durante los nueve meses de gestación y presentó todos los documentos requeridos para el reconocimiento de la licencia. Además, indicó que las acreencias y contratos de CAFESALUD EPS fueron cedidos a MEDIMAS EPS. Por lo tanto, concluyó que la EPS estaba obligada a reconocer y pagar la licencia a la que tenía derecho la accionante.

En consecuencia, la Sala resolvió: (i) tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la accionante, (ii) revocar el fallo de única instancia; y (iii) ordenar a MEDIMAS EPS que, en el término de tres días, reconociera y pagara la licencia de maternidad a la accionante.

Al estudiar la subsidiariedad, se hizo referencia a la naturaleza de la licencia de maternidad como una acción afirmativa a favor de las mujeres, quienes históricamente han sufrido discriminación en el ámbito laboral. En efecto, se trata de una medida que tiene como propósito posibilitar el ejercicio de dos roles simultáneos: la maternidad y el trabajo, sin que el primero impacte el segundo y su desempeño en el mismo.

La Sentencia T-489 de 2018 estableció que: “(...) teniendo en cuenta que la figura de la licencia de maternidad se trata de una acción afirmativa, como quiera que ésta establece una especial protección a un grupo poblacional como son las mujeres que son madres, y en virtud del derecho a la igualdad, la acción de tutela resulta ser el mecanismo viable e idóneo para controvertir la situación expuesta por la demandante” (Negritillas fuera del texto original).

Sobre este particular debo aclarar que, en general, la tutela no es procedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, incluida la licencia de maternidad. Sin embargo, el análisis del requisito de subsidiariedad en materia de tutela cuando ésta se presenta con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, debe tener un enfoque de género. En ese orden de ideas, en consideración a que la licencia es una acción afirmativa con carácter urgente, el análisis de subsidiariedad debe flexibilizarse. Esto implica que para todos los casos en los que se pida el reconocimiento de una licencia de maternidad, el análisis de subsidiariedad debe ser laxo, pero no quiere decir que la tutela siempre sea idónea para reclamar este tipo de prestaciones.

Entonces, con fundamento esa regla, era preciso concluir que en el caso particular que

analizó la Corte, la tutela era procedente debido a que los hechos demostraban la ineficacia del mecanismo principal, porque la accionante requería que se garantizara con urgencia esta acción afirmativa a su favor. Específicamente, estaban probadas las siguientes circunstancias: (i) la accionante era contratista e informó que el contrato que tenía vigente iba a terminar; (ii) la situación antes descrita, sumada a la falta de ingresos durante el tiempo de la licencia, suponía que estaba en situación de indefensión; y (iii) el hecho de que la Superintendencia Nacional de Salud hubiese tenido conocimiento de la situación y, en vez de asumir el conocimiento del caso, se hubiese limitado a remitirlo a CAFESALUD EPS, demostraba la falta de eficacia del mecanismo.

En este sentido, comparto la conclusión a la que llegó la Sala Quinta de Revisión, en el sentido de que en este caso la tutela era el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. No obstante, es preciso aclarar que en todos los casos se debe estudiar el requisito de subsidiariedad y, en particular, la idoneidad del mecanismo principal. Sin embargo, cuando se estudie el reconocimiento de la licencia de maternidad, el análisis de procedencia es más flexible porque está de por medio una acción afirmativa de carácter urgente.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en la Sentencia T-489 de 2018.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Folios 1 y 2, Cuaderno 2.

[2] Folio 5, Cuaderno 2.

[3] La licencia de maternidad en Colombia se compone de 18 semanas, lo cual equivale a 126 días. (Ley 1822 del 4 de enero de 2017). Folio 6, Cuaderno 2.

[4] Folio 1, Cuaderno 2.

[5] Folio 10, Cuaderno 2.

[6] Su licencia de maternidad cubrió el periodo comprendido entre el 5 de junio al 8 de octubre de 2017. (Folio 5, Cuaderno 2).

[7] Folio 9, Cuaderno 2.

[8] Folio 11, Cuaderno 2.

[9] Folio 38 a 46, Cuaderno de Revisión.

[10] Folios 15, 18, 21 y 26, Cuaderno 2.

[11] Folios 31 a 35, Cuaderno 2.

[12] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

[13] Folios 15 y 16, Cuaderno Principal.

[14] Folio 3, Cuaderno 2.

[15] Este Auto fue notificado el 2 de mayo de 2018.

[16] Sentencias T-176 de 2011 M.P Gabriel Mendoza Martelo y SU-377 de 2014 M.P María Victoria Calle Correa.

[17] Artículo 5: La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta Ley.

[18] Artículo 42: La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los casos señalados en este artículo.

[19] Ver sentencias T-993 de 2003, T-368 de 2009 y T-503 de 2016.

[20] T-998 de 2008, M.P Rodrigo Escobar Gil.

[21] T-1223 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[22] C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[23] Ídem.

[24] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[25] T-499A de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[26] Ibíd.

[27] Sentencia T-998 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[28] Sentencia C-543 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

[30] T-278 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[31] “Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.”

[32] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”

[33] Consultar en:

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf

[34] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Radicación: 73001-23-31-000-1999-03028 (31.619), Marzo 16 de 2015. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[35] Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2015, SC9680-2015 Radicación n.º 11001-31-03-027-2004-00469-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona y Sentencia T-673 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[36] Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de octubre de 2011, Exp. 20010084701, citada en la sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2012, Ref: Exp.

110131030261998-21524-01 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez y a su vez, citada en la sentencia T-673 de 2017, Corte Constitucional, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[37] T-974 de 2004 M.P Jaime Araújo Rentería y T-673 de 2017 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[38] Folio 27, Cuaderno de Revisión.

[39] T-278 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[40] T-673 de 2017, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[41] A dicha conclusión se llegó en la Sentencia T-278 de 2018, la cual se tomó como referencia para elaborar este acápite.

[42] La licencia de maternidad de la accionante comprendió los periodos entre Octubre 2016 a Junio 2017.

[43] T-673 de 2017, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.