

Sentencia T-602/10

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago/LICENCIA DE MATERNIDAD Y ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para protección del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y el recién nacido

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación/LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que la peticionaria dejó de cotizar más de dos meses del periodo de gestación y por lo tanto procede el pago proporcional

ACCION DE TUTELA PARA PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Procede pago licencia de maternidad de forma proporcional a las semanas efectivamente cotizadas por la actora al momento del parto

Referencia: expediente T-2437660

Acción de tutela instaurada por DIBETH LERMA MEZA contra la Empresa Social del Estado HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II (SAN JUAN DEL CESAR, GUAJIRA).

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Adriana Chethuan

Bogotá, DC., veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, Guajira, el 10 de septiembre de 2009, dentro de la acción de tutela instaurada por

DIBETH LERMA MEZA contra el HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Once, mediante auto del cinco (5) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

Antecedentes.

1. Mediante escrito del 28 de agosto de 2009, la ciudadana DIBETH LERMA MEZA presentó acción de tutela contra el HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II (SAN JUAN DEL CESAR, GUAJIRA) por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la vida, al denegarle el pago de la licencia de maternidad². Solicitó que se ordenara a COOMEVA E.P.S., o en su defecto al Hospital San Rafael Nivel II, la cancelación de la incapacidad, y a la Empresa Social del Estado - ESE- Hospital San Rafael Nivel II, hacer el pago de los cuatro meses de salario no cancelados que corresponden a la suma de siete millones doscientos mil pesos (\$7'200.000).

1. El 28 de mayo de 2009, cuando trabajaba como enfermera del Hospital San Rafael, solicitó a COOMEVA EPS el pago de incapacidad por licencia de maternidad y ésta le contestó³, el 11 de junio de 2009, denegándole el pago de la misma, manifestándole:

“Según certificado de incapacidad, el parto se practicó el 20 de Abril de 2009, fecha en la cual no contaba con el tiempo necesario para acceder a la prestación económica por licencia de maternidad, pues en el momento del evento tenía, 13 semanas y debería tener 36 semanas cotizadas en forma completa e ininterrumpida. (Decreto 047 de 2000).

Es importante aclarar que cuando usted terminó el contrato como DEPENDIENTE-, el 31 de

Enero de 2009 y se afilia nuevamente como INDEPENDIENTE, el 01 de Marzo de 2009 dejo (sic) de cotizar por espacio de 1 mes, por lo tanto no cumple con el requisito establecido en el Dec 047 de 2000.”

1. El 25 de junio de 2009, la actora solicitó al gerente del Hospital San Rafael, el pago de la licencia de maternidad, y el 6 de julio de 2009, éste le contestó diciendo que no era posible acceder a su solicitud porque su vinculación con la entidad es de carácter contractual, es decir bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, y que por tanto, las cotizaciones en salud y pensiones le corresponde hacerlas a la contratista, y no a la entidad contratante.

Intervención del demandado.

1. El 1° de septiembre de 2009, el Hospital San Rafael Nivel II contestó la acción de tutela informando que, inicialmente, la accionante prestó sus servicios al Hospital mediante contrato con el Consorcio Fisioter, entidad que a su vez tenía suscrito con el hospital un contrato de prestación de servicios de enfermería, de 24 horas al día, el cual finalizó el 31 de diciembre de 2008, por expiración del plazo. Dijo que el contrato con el Consorcio no iba a ser renovado, y que como la actora se encontraba en estado de gravidez, el Hospital la contrató directamente mediante un contrato de prestación de servicios, renovable cada 3 meses, a partir del 1° de enero de 2009, motivo por el cual a partir de tal fecha, le correspondía a la contratista asumir el pago por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales de manera independiente.

Decisiones Judiciales que se revisan.

1. El 10 de septiembre de 2009, el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira), denegó la acción de tutela mediante sentencia, tras considerar que “no se ha desconocido en ningún momento el derecho de la accionante, pero también se ha recalado que esta no es la vía para hacer la reclamación ya que hay otra jurisdicción por medio de la

cual [se] deben hacer dichas peticiones”.

1. El fallo de tutela no fue impugnado.

Pruebas decretadas en sede de revisión.

La Sala de Revisión, mediante auto del 12 de febrero de 2010 suspendió el término de resolución del trámite de revisión, con el fin de vincular formalmente al proceso de tutela, a Coomeva EPS Oficina Guajira, y al Consorcio Fisioter.

1. El 23 de marzo de 2010, el Consorcio Fisioter allegó su respuesta manifestando que el 1° de febrero de 2008, suscribió con el Hospital San Rafael Nivel II, el contrato de prestación de servicios de Enfermería Superior N° 011-2008, por un período de 11 meses, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2008. Señaló que la señora Lerma Meza laboró como enfermera al servicio del Consorcio durante noviembre y diciembre de 2008, período en que estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, con la EPS Coomeva. Agregó que el 31 de diciembre de 2008, cuando terminó el contrato de prestación de servicios, el personal que trabajaba en el Consorcio Fisioter fué retirado del SGSSS, y a partir de entonces, contratado directamente por el Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar, Guajira.

1. El 24 de marzo de 2010, Coomeva EPS dio respuesta reiterando que la actora está afiliada en calidad de “Cotizante Independiente”, desde el 1° de marzo del 2009, que estuvo afiliada como “Cotizante Dependiente” del Consorcio Fisioter, desde el 1° de diciembre de 2008 hasta el 31 de enero de 2009, y que éste solicitó su retiro desde el 15 de enero del 2009.

Consideraciones y Fundamentos

1. De acuerdo con la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios⁴, los requisitos que debe

cumplir la trabajadora para que la EPS le pague la licencia de maternidad se pueden resumir, grosso modo, en los siguientes: “(i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho” 5.

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido reiteradamente, la procedencia de la acción de tutela⁶ y el derecho de las mujeres al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad aun cuando no se cumplan los requisitos establecidos en la regulación, (resumidos en el fundamento anterior) siempre y cuando el mínimo vital, o el del recién nacido se vean vulnerados por el no pago⁷. La vulneración al mínimo vital se ha reconocido cuando la madre devenga un salario mínimo o menos, y se ha presumido cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre.

1. En tales casos, la jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme en aplicar la siguiente regla para ordenar el pago de la licencia de maternidad: (i) cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad. (ii) cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado⁸.

Caso concreto

1. En el presente caso se ha constatado que la ciudadana Dibeth Lerma Meza es de estado civil casada y ostenta la calidad de madre cabeza de hogar de su núcleo familiar compuesto por su esposo y 3 hijos menores de edad, todos los cuales, según declaración extrajudicial, dependen exclusivamente de sus ingresos⁹. Le fué terminado el contrato de trabajo con el

Consortio Fisioter a partir del 31 de diciembre de 2008, pero fue contratada inmediatamente, a partir del 1° de enero de 2009, por el Hospital San Rafael Nivel II, mediante contrato de prestación de servicios para seguir desempeñando el cargo de enfermera que desempeñaba en calidad de empleada del Consorcio Fisioter. A partir de tal fecha, la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud corría por cuenta suya, y Coomeva EPS no le pagó la licencia de maternidad porque durante el período de gestación se presentó una interrupción de un mes, en febrero de 2009, en el pago de las cotizaciones.

1. Con base en lo anteriormente expuesto la Sala considera que, en el caso concreto, los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social de Dibeth Lerma Meza y de su hijo recién nacido, no fueron vulnerados ni por el Consorcio Fisioter, ni por el Hospital San Rafael Nivel II. Coomeva EPS por su parte, sí contravino la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalada en los fundamentos 1, 2 y 3 de este fallo, vulnerando el derecho a la seguridad social de la actora, al negarse a pagar la licencia de maternidad por interrupción en las cotizaciones.

1. La Sala no acogerá la pretensión de la actora atinente al pago de cuatro meses de salario no cancelados que corresponden a la suma de siete millones doscientos mil pesos (\$7'200.000), por dos razones: en primer lugar, porque falta a la verdad, cuando afirma que su vinculación al hospital mediante contrato de prestación de servicios se hizo a partir del 1° de marzo de 2009¹⁰, dado que el Hospital adjuntó a la contestación de la demanda copia de la orden N° 072-01-2009¹¹, en que consta la vinculación como independiente desde el 1° de enero de 2009; y, en segundo lugar, porque el análisis de procedibilidad de la presente acción de tutela es válido únicamente para reclamar la licencia de maternidad. Las demás discrepancias tendrían que ser dirimidas ante la jurisdicción del trabajo, antes que acudir a este mecanismo de la acción de tutela porque el supuesto perjuicio irremediable causado por el no pago de los salarios, ya fue conjurado con la contratación de la actora¹².

1. Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta providencia se revocará la sentencia de instancia, se concederá el amparo para proteger el derecho a la seguridad social, y se ordenará a Coomeva EPS, que en el término de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la actora la licencia de maternidad en forma proporcional a las semanas cotizadas al momento del parto.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: LEVANTAR la suspensión de términos decretada por la Sala de Revisión.

Segundo: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, Guajira, el 10 de septiembre de 2009, y en su lugar CONCEDER la acción de tutela para proteger el derecho a la seguridad social.

Tercero: ORDENAR a COOMEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la actora la licencia de maternidad en forma proporcional a las semanas cotizadas al momento del parto.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Ver entre otras, las siguientes sentencias: T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-810 de 2005, T-465A de 2006, T-689 de 2006, T-1032 de 2007, T-784 de 2008, T-808 de 2008, T-332 de 2009 y T-333 de 2009.

2 La licencia de maternidad se encuentra prevista en los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo reformados por la Ley 755 de 2002, mediante la cual se creó la licencia remunerada de paternidad.

3 A folio 5, cuaderno 1 está la respuesta de la EPS.

4 Decretos 806 de 1998, 1406 de 1999, 1804 de 1999, y 047 de 2000, entre muchos otros.

5 Ver sentencia T-1223 de 2008.

6 Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar los siguientes fallos: T-022 de 2007, T-088 de 2007, T-204 de 2007, T-283 de 2007, T-530 de 2007, T-689 de 2007, T-917 de 2007, T-728, T-707 de 2007.

7 Ello se debe a que la Corte ha considerado que tal prestación constituye un desarrollo legal de la obligación constitucional del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto, y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido, conforme a los artículos 43, 44 y 50 de la Constitución Política. En la sentencia T-034 de 2007 la Corte dijo que “cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela.”

8 Ver sentencia T-1223 de 2008.

9 Los registros civiles de nacimiento y la declaración extrajudicial obran a folios 10, 11, 12 y 13.

10 Folio 1, cuaderno 1.

11 Folio 24, cuaderno 1.

12 Principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Decreto 2591 de 1991, Art. 6°, numeral 1°: "Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

" 1°) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

" La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

"(...)"