

Sentencia T-610/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS

Referencia: expediente T-1594399

Acción de tutela instaurada por la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa contra Compensar EPS.

Procedencia: Juzgado Séptimo Penal Municipal de Descongestión de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil siete (2007).

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

## SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa contra Compensar EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 2 de mayo del año en curso, la Sala N° 5 de Selección eligió este asunto para revisión.

### I. ANTECEDENTES.

La señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa elevó acción de tutela el 4 de diciembre de 2006, ante el Juzgado Penal Municipal de Bogotá (reparto), aduciendo la vulneración del derecho “a la vida”, por los hechos que a continuación son resumidos.

#### A. Hechos.

Bajo el argumento de no reunir los requisitos legales para que proceda, porque los aportes no son completos al faltar días por cotizar de los meses de febrero y marzo de 2006, la EPS Compensar le niega a la actora la posibilidad de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a la cual tiene derecho por razón del nacimiento de su hijo.

#### B. Relato de la demandante.

La actora manifiesta que se encuentra afiliada “al régimen contributivo en calidad de cotizante, a través de la EPS Compensar, de manera independiente”. Dio a luz el 10 de octubre de 2006 a Víctor Manuel Flórez Cifuentes en el hospital San José de Bogotá y el “médico tratante expidió la correspondiente incapacidad por maternidad de 84 días”.

En tal virtud, el 9 de noviembre de 2006 presentó solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad ante dicha EPS, que la entidad niega al argumentar “que no hay lugar al pago de la incapacidad, ya que la suscrita no cotizó durante los nueve meses de embarazo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 del Decreto 783 de 2000” (f. 1 cd. inicial).

La demandante afirma que si dejó “de cotizar el mes de febrero de 2006, no fue por voluntad propia, sino porque en primer lugar no tenía empleo y por lo tanto no contaba con recursos económicos para acceder al plan obligatorio de salud, en segundo lugar yo no sabía que estaba embarazada, esto lo vine a saber en el mes de marzo de 2006”, e “inmediatamente hice un gran esfuerzo para poder acceder al POS”, para tener asistencia médica adecuada, “no solo para mi sino también para el bebé”.

Así, las cotizaciones se efectuaron “desde el 17 de marzo del 2006 y hasta la fecha, haciendo los pagos de forma oportuna”.

#### C. Respuesta de la entidad demandada.

Notificada de la demanda de tutela instaurada en su contra, Compensar EPS, mediante escrito dirigido el 11 de diciembre de 2006 por una abogada de la asesoría jurídica de la entidad, se opuso a la procedencia de la acción, argumentando que “no se trata de ninguna conducta que ponga en riesgo la vida de la accionante o vulnere sus derechos

fundamentales”, sino de un reembolso económico.

También aduce que no puede reconocer a la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa la licencia de maternidad, pues no se reúnen los requisitos legales para que proceda su pago, “porque los aportes no son completos, al faltar días por cotizar los meses de febrero y marzo de 2006”.

Agrega que “por la fecha de ocurrencia del parto, sólo se habían cotizado al Sistema 7 meses ININTERRUMPIDOS, por lo que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con cargo a los recursos del Sistema, de acuerdo con la normatividad legal vigente contenida en el artículo 3 del Decreto 047 de 2000” (fs. 16 y 17 ib.).

D. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

\* Folio 6, incapacidad médica expedida por el Hospital San José.

\* Folio 7, registro civil de nacimiento del niño Víctor Manuel Florez Cifuentes.

\* Folios 8 a 10, recibos de pago por “aportes salud independientes”.

\* Folios 21 a 23, comunicación de Asesoría Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social

E. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, al cual correspondió el reparto, luego de escuchar en declaración a la demandante, mediante sentencia de diciembre 20 de 2006 denegó el amparo solicitado, al considerar que “en la acción de tutela

interpuesta por la señora Paola Andrea se observa que esta afiliada al Régimen Contributivo, por lo que se encuentra inmersa dentro de la legislación propia de este, destacándose el Decreto 1804 de 1999, artículo 21", que dispone que se debe haber cotizado durante el año anterior a la fecha de la solicitud. Como indica la demandante y ratifica la EPS, empezó a cotizar en marzo del 2006, observándose a folio a folio 20 "una relación minuciosa de los pagos o cotizaciones realizadas por la señora Paola, cumpliendo hasta la fecha del parto con 8 meses cotizados. Es decir que en el momento de su solicitud solamente llevaba 8 meses de los 12 que por ley le correspondían".

De tal manera, consideró que "le asiste razón a la EPS cuando negó el pago de la prestación derivada de la maternidad, como quiera que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Ley, pues el pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho a la cancelación de la licencia de maternidad por la EPS, tal como la Corte lo ha señalado en multitud de ocasiones", de las cuales cita "T-241 de 2000, T-978 de 2000".

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

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

Segunda. Lo que se debate.

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

Tercera. Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Procedencia excepcional por vía de tutela.

Por tratarse en principio de un derecho prestacional, la licencia de maternidad no resultaría susceptible de protección por vía de tutela y su pago, en caso de no verificarse, habría de ser solicitado a través de la jurisdicción laboral ordinaria, como mecanismo judicial idóneo. Sin

embargo, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer al rededor de la gestación, dando así cumplimiento a lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política, en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre y del recién nacido, para quienes puede proceder excepcionalmente si dependen de esa prestación o su mínimo vital se encuentra insatisfecho, por lo cual su pago deja de ser un tema exclusivamente legal y se torna relevante en lo constitucional, demandando la especial asistencia y atención del Estado. Así, ha expresado:

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

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

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

Así las cosas, para acceder a las prestaciones económicas que se derivan de la licencia de maternidad, la trabajadora deberá: “(i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro

aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho; (iv) no encontrarse en mora en dicho momento.”<sup>1</sup>

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que ha dado la Corte cuando de por medio existe una amenaza al mínimo vital de la mujer en estado de embarazo y después del parto.

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

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

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

maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.” (No está en negrilla en el texto original).

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

Cuarta. El caso concreto.

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

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

En el presente caso, la pretensión no fue atendida favorablemente en el fallo único de instancia, al no hallar vulneración de derechos fundamentales de la actora y de su hijo, por el no reconocimiento de la licencia de maternidad, que supuso perdido, aduciendo que “le asiste razón a la EPS cuando negó el pago de la prestación derivada de la maternidad, como quiera que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Ley” (f. 31 cd. inicial).

Como se desprende de las pruebas obrantes dentro del expediente, la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, a través de Compensar EPS. Es cotizante activa desde diciembre 12 de

2006, tal como lo certifica la entidad (f. 20 ib.), detallando los aportes cancelados en el año 2006, así:

PERIODO

FECHA DE PAGO

EMPRESA

Enero /2006

10 de enero /2006

Manpower de Colombia Ltda.

Marzo /2006

17 de marzo /2006

Independiente

Abril /2006

11 de abril /2006

Independiente

Mayo /2006

11 de abril /2006

Independiente

Junio /2006

11 de abril /2006

Independiente

7 de julio /2006

Independiente

Agosto /2006

7 de julio /2006

Independiente

Septiembre /2006

27 de julio /2006

Independiente

Octubre /2006

27 de julio /2006

Independiente

Noviembre /2006

27 de julio /2006

Independiente

No obstante, la EPS demandada argumenta en la contestación de la acción que no es viable el pago de la licencia de maternidad, puesto que la actora “no cumplió con los requisitos de ley al no haber cotizado en forma completa durante su período de gestación” (f. 19 ib.). Sin embargo, lo que se aprecia es que entre la terminación del trabajo con “Manpower de Colombia Ltda.” y la afiliación como cotizante “independiente”, no se realizó el pago de febrero de 2006, mientras otros meses fueron cubiertos anticipadamente, observándose buena disposición a cumplir.

Por el contrario, en cuanto a la EPS, ha evidenciado allanamiento a la mora, que conlleva la siguiente consecuencia2:

“La Corte considera que también hay allanamiento a la mora cuando se reciban los aportes o cotizaciones de manera incompleta y se continúen admitiendo, por parte de la entidad promotora de salud, los pagos de los meses siguientes sin hacer ninguna objeción...

... en aquellos casos la EPS debe dar cumplimiento a su obligación de pagar la licencia de maternidad a la afiliada y prestar todos los servicios médicos que requiera... si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación... no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad”.

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

En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido el 20 de diciembre de 2006 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Descongestión de Bogotá y, en su lugar, concederá la tutela solicitada por Paola Andrea Cifuentes Ochoa, amparándole los derechos fundamentales de seguridad social y salud, en conexidad con la vida y el mínimo vital, de ella y de su hijo menor.

En tal virtud, se ordenará a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocerle y pagarle a la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa la licencia de maternidad a que tiene derecho.

De otra parte, ante la actitud de Compensar EPS, que omitió cumplir claras obligaciones que le corresponden para la cabal satisfacción de los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien conocidas a través de la reiterativa jurisprudencia constitucional, debe disponerse la compulsación de copias con destino a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su cargo.

### III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando

justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Descongestión de Bogotá el 20 de diciembre de 2006, que denegó la acción de tutela instaurada por la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa, contra Compensar EPS. En su lugar, CONCÉDESE la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y la salud, en conexidad con la vida, de ella y de su hijo menor.

Segundo: En consecuencia, ORDÉNASE a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y pague a la señora Paola Andrea Cifuentes Ochoa la licencia de maternidad a que tiene derecho.

Tercero: Por la Secretaría General de esta corporación, ENVÍESE copia de de este expediente, incluida la presente providencia, a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia, frente a las faltas que pueda encontrar en la actitud de la EPS accionada.

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

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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

2 T- 543 de julio 13 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

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