

Sentencia T-646/12

LICENCIA DE MATERNIDAD-Importancia del reconocimiento y pago de la licencia como medio de protección de la madre y del recién nacido

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales. La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún más reforzada si está gestando.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Ampliación del término en dos semanas, según ley 1468 de 2011

LICENCIA DE MATERNIDAD PARA MADRES DE NIÑOS PREMATUROS-Tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas, según ley 1468 de 2011/INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Ampliación del término en dos semanas de la licencia de maternidad, según ley 1468 de 2011

Uno de los avances en la protección que consagra la Ley 1468 de 2011, es el correspondiente a la ampliación de la licencia de maternidad ante partos prematuros, otorgada como medida preventiva, ya que los bebés que nacen antes de la semana 37 de gestación están en riesgo de mayores quebrantos de salud, lo que genera que el mayor tiempo de la licencia de maternidad se agote cuando aún se encuentra en cuidados especiales (ej. incubadora), impedido de recibir afecto junto a su progenitora, razón que justifica que la licencia de maternidad sea adicionada, extendiendo el número de semanas equivalentes a la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, que debe sumarse a las 14 semanas, para compensar las de gestación que faltaron para completar el término y así reducir la mortalidad infantil, prevaleciendo el interés superior del niño que prima sobre cualquier otro derecho.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Alcance y objetivo

El legislador al definir y establecer la licencia de maternidad, trazó tres propósitos

inviolables: (i) propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; (ii) resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración; (iii) reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia.

RECIEN NACIDO PREMATURO-Protección especial/PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN EN NACIMIENTOS PREMATUROS

LICENCIA DE MATERNIDAD DE MADRE DE RECIEN NACIDO PREMATURO-Vulneración por EPS al no contabilizar las semanas, diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, según ley 1468 de 2011

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Pago de licencia de maternidad, según ley 1468 de 2011

LICENCIA DE MATERNIDAD DE MADRE DE RECIEN NACIDO PREMATURO-Prevención a EPS para que dé estricto cumplimiento a ley 1468 de 2011, numeral 5 del artículo 1º.

LICENCIA DE MATERNIDAD DE MADRE DE RECIEN NACIDO PREMATURO-Instar a Ministerio de Salud, de la Protección Social y a la Superintendencia de Salud, hagan cumplir adecuadamente la ley 1468 de 2011, numeral 5 del artículo 1º

Referencia: expediente T-3389844.

Acción de tutela instaurada por Yurany Vidales Garzón contra Salud Total EPS.

Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio.

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, dentro de la acción de tutela promovida por Yurany Vidales Garzón, en contra de Salud Total EPS, aduciendo vulneración de sus derechos a la vida digna, igualdad, seguridad social, mínimo vital y debido proceso.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por el citado Juzgado, en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2° de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

1. La señora Yurany Vidales Garzón se encuentra afiliada a Salud Total EPS, como cotizante dependiente de “la empresa el crédito de la Corte” hace 6 años.

3. Señaló que en agosto 12 del mismo año solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, “por un total de 153 días a partir del 13 de julio de 2011” hasta “el 12 de diciembre”, con base en el inciso 5° del artículo 236 de la Ley 1468 de junio 30 de 2011, esto es, 14 semanas de licencia de maternidad, más las faltantes para el nacimiento en término. En sustento de su situación, la señora Vidales Garzón anexó certificados suscritos por el médico tratante.

4. Salud Total EPS, mediante Resolución N° P3452599 de agosto 26 de 2011, reconoció la licencia de maternidad y pagó \$5.275.667, correspondiente a 133 días.

5. Al estimar que no se liquidó el tiempo completo, pues le faltó “un total de 20 días es decir 2.8 semanas” correspondientes a su licencia de maternidad, la actora reclamó de nuevo,

recibiendo respuesta negativa.

6. Por lo anterior, en octubre 2 del referido año elevó derecho de petición a la entidad accionada, pidiendo nuevamente “corrección de la licencia”, al estimar vital el tiempo que hacía falta para la recuperación de su hija, de quien necesita “estar pendiente”. Comentó que un nacimiento a término “es de 37 a 42 semanas (tal y como lo dice Salud Total en la respuesta anterior...)”, siendo 40 semanas un término normal.

Aseveró que la intención de la entidad es “desfavorecerme en el tiempo”, pese a que el embarazo se habría prolongado el tiempo que reclama, pues como informaron los médicos el nacimiento habría sido a 40 y “no a 37 semanas como lo informó la EPS a la hora de liquidar la incapacidad” (fs 2 y 3 ib).

7. Finalmente, advirtió que la licencia de maternidad es de 98 días, equivalente a tres meses, edad que tendría el bebé al momento de la separación de su progenitora; pero en su caso, al ser su hija “prematura no tiene la edad suficiente para desprenderse” al término de la licencia ya adjudicada por Salud Total EPS. Indicó que su hija se perjudica por ser “bebé canguro”, presentándose vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social, la igualdad y el trabajo, este último debido a que, como mamá, tiene que dejar de trabajar para cuidarla, ocasionándole problemas económicos.

B. Respuesta de Salud Total EPS.

El Gerente y Administrador de dicha EPS, Seccional Villavicencio, respondió en noviembre 11 de 2011, confirmando que la actora se encuentra vinculada en calidad de cotizante, habiéndose liquidado la licencia de maternidad mediante “Nail P3452599 por valor de \$5.275.667”, reconociéndose “133 días, debido a que el parto fue prematuro por 32 semanas”, considerándose a término desde la semana 37, lo que significa que “adicional a los 98 días”, que corresponden al reconocimiento de la licencia de maternidad, se “deben autorizar 35 días más correspondientes a las 5 semanas faltantes para el tiempo a término de un embarazo normal”.

Finalmente, indicó que Salud Total EPS autorizó el pago de la licencia de maternidad a la cual legalmente se tiene derecho, por lo cual solicitó declarar improcedente la acción de tutela (f. 47 ib.).

C. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio, mediante providencia de noviembre 23 de 2011 concedió el amparo solicitado, “por tratarse de un caso de especial atención al ser un nacimiento pretérmino..., prima el interés superior de los niños y ante tal situación no es posible oponer requisitos de orden legal o administrativos”, advirtiendo que Salud Total EPS debió tener en cuenta tales circunstancias y no anteponer “sus intereses económicos”, sino procurar el bienestar de la recién nacida, razón por la cual a pesar de “no existir un riesgo inminente para la vida, ni estar en peligro la integridad física de la accionante y su hija, el despacho considera procedente amparar los derechos fundamentales” (f. 63 ib.).

Indicó que se debe tener en cuenta como posible fecha de parto el término indicado por los médicos tratantes, esto es 6 de septiembre de 2011, “para establecer los días que se deben pagar por la licencia de maternidad”, por ello “al hacer las cuentas de días comprendidos en el lapso 14 (sic) de julio y 6 de septiembre”, da como resultado “cincuenta y cinco (55) días”, que debieron sumarse al tiempo de la licencia, para un total de 153 que en primera instancia debió haberle reconocido Salud Total EPS, pero como lo afirmó la accionada solo fueron 133 días de licencia, “razón por la cual... deberá proceder a ajustar el monto liquidado y disponer lo necesario para su pago oportuno..., dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo”.

D. Impugnación.

En noviembre 29 de 2011, el Gerente de Salud Total EPS en Villavicencio informó que, en cumplimiento del fallo, “se ha ordenado cancelar 153 días 98 de ley más 55 de diferencia calculado sobre 40 semanas de gestación”, pero como nada se indicó sobre el recobro al Fosyga, habrá “un desequilibrio económico”, pues los recursos utilizados para pagar condenas son tomados de dineros dirigidos a cubrir servicios de los afiliados (fs. 70 a 73 cd. inicial).

E. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, mediante fallo de enero 30 de 2012, revocó la sentencia antes referida, al considerar que la “tutela no procede para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”, salvo que se trate de la protección al

mínimo vital de la madre y del recién nacido y además se requiere que no haya “trascendido más de un año desde el nacimiento del menor para interponer la solicitud ante la entidad obligada”.

Aseveró que a la accionante le fue reconocida la licencia de maternidad y además cuenta “con compañero permanente quien actuó como responsable de la usuaria”. De otra parte, “no es dable al A quo realizar promedios, ni cálculos” que determinen la fecha del nacimiento (fs 7 a 13 ib.).

F. Documentos relevantes que obran en copia dentro del expediente.

1. Incapacidad médica por licencia de maternidad, suscrita en la Clínica Meta por el especialista tratante, de julio 11 de 2011 a octubre 2 de 2011, por un total de 84 días, con estado de incapacidad nueva (f. 21 ib.).

2. Historia clínica de la señora Yurany Vidales Garzón (fs. 13 a 17 ib.).

3. Informe de junio 28 de 2011 suscrito por un médico Radiólogo de Imágenes Diagnósticas del Llano S. A., donde se lee que, según ecografía obstétrica, la gestación cumple “40 semanas el 6 de septiembre de 2011” (fs. 18 a 19 ib.).

4. Informe ecográfico “doppler color obstétrico”, suscrito en julio 7 de 2011 por una médica radióloga, donde consta como fecha probable de parto (FPP)¹ “septiembre 6 de 2011” (f. 20 ib.).

5. Historia clínica de “hija de Vidales Garzón Yurany”, en unidad de cuidados intensivos intermedios, donde se lee “neonato femenina pretérmino producto de la gesta II. ..., con embarazo de 32 semanas” (fs. 25 a 32 ib.).

6. Carta enviada por la actora a Salud Total EPS, en agosto 8 de 2011, pidiendo la corrección del tiempo de la licencia de maternidad (fs. 33 a 34 ib.).

7. Respuesta de Salud Total EPS, de agosto 26 de 2011, en la que afirmó que el tiempo correspondiente por licencia de maternidad es de 19 semanas o 133 días, que fue el liquidado y pagado (fs. 35 a 36 ib.).

8. Registro civil de nacimiento de Saray Vargas Vidales, que indica como fecha julio 13 de 2011 (cd. Corte fs 17 a 18 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar las actuaciones referidas, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si Salud Total EPS, empresa que, aunque privada, está encargada de prestar el servicio público de salud y es por tanto pasible de ser demandada en tutela (arts. 86 Const. y 42 D. 2591 de 1991), ha violado los derechos de la señora Yurany Vidales Garzón, al no cubrirle la licencia de maternidad conforme a la Ley 1468 de junio 30 de 2011.

Debe esta Sala de Revisión determinar si, como consideró el juez de primera instancia, era viable la tutela pedida en amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de la señora Yurany Vidales Garzón y de su hija recién nacida, que habría vulnerado Salud Total EPS, al no reconocer la totalidad de días a que tendría derecho.

En consecuencia, atendiendo pronunciamientos anteriores, esta Sala de Revisión recordará:

(i) La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, como protección a

la madre y su niño; (ii) análisis del numeral 5° de la Ley 1468 de junio 30 de 2011; (iii) será estudiado el caso concreto, advirtiendo que si bien el pago ya fue realizado, la Sala considera importante efectuar unas precisiones para precaver futuros casos similares.

Tercera. La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando².

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad³.

Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante⁴, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja

de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

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 jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida⁵.

Cuarta. Análisis de la Ley 1468 de junio 30 de 2011 “Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Es válido resaltar que en la exposición de motivos de la referida ley, se observa que el punto de partida para el cambio de normatividad se basó en asumir lo dispuesto en diferentes tratados internacionales y en recomendaciones, como las de la OIT.

El propósito de ampliar en dos semanas el lapso de descanso a que tiene derecho la madre, tiene como único objeto que la mujer pueda estar con su hijo el mayor tiempo posible, y evitar que por miedo a dejarlo muy pequeño no haga uso de la licencia desde antes del parto, con los perjuicios que ello puede acarrear para su salud y la del nasciturus⁶.

Este derecho de la mujer trabajadora que se encuentra en embarazo implica al mismo tiempo su deber de proteger su salud y la de su hijo, con doble connotación: primero, que el empleador conceda oportunamente la licencia y, segundo, que la madre inicie a tiempo el disfrute del receso remunerado⁷.

Uno de los avances en la protección que consagra la Ley analizada es el correspondiente a la ampliación de la licencia de maternidad ante partos prematuros, otorgada como medida preventiva, ya que los bebés que nacen antes de la semana 37 de gestación están en riesgo de mayores quebrantos de salud, lo que genera que el mayor tiempo de la licencia de maternidad se agote cuando aún se encuentra en cuidados especiales (ej. incubadora), impedido de recibir afecto⁸ junto a su progenitora, razón que justifica que la licencia de maternidad sea adicionada, extendiendo el número de semanas equivalentes a la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, que debe sumarse a las 14 semanas, para compensar las de gestación que faltaron para completar el término y así reducir la

mortalidad infantil, prevaleciendo el interés superior del niño que prima sobre cualquier otro derecho⁹.

Artículo 236, modificado por la Ley 50 de 1990, art. 34

Artículos 236 y 239, modificados por la Ley 1468 de junio 30 de 2011

Descanso remunerado en la época del parto.

1) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2) Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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.

4) Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

Parágrafo modificado por el artículo 1° de la Ley 755 de 2002.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

Descanso remunerado en la época del parto.

1) Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2) Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, 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.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

5) La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley.

Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

6) En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

7) La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las

14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad Preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1°.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento

de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

Parágrafo 2°. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Parágrafo 3°. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad.

Lo anterior demuestra que Colombia ha ampliado progresivamente, para el caso en lo atinente a la protección de la maternidad, la cobertura de la seguridad social, tal como ordena el artículo 48 constitucional, que además exige “la participación de los particulares”.

En ese desarrollo, el legislador al definir y establecer la licencia de maternidad, trazó tres propósitos inviolables: (i) propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; (ii) resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración; (iii) reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia.

Quinta. Prevención y protección en nacimientos prematuros.

Cada semana en la evolución de un embarazo incluye variaciones notorias en el desarrollo del nasciturus, con repercusiones sobre la madre, quien pregunta con prioridad al o los profesionales que la atienden cuándo será el alumbramiento, que usualmente ocurrirá entre las semanas 38 y 42 (hacia la semana 40, en promedio), siendo importante recordar que solo hay estimativos, ante la imposibilidad científica de identificar una fecha exacta, resultando claro que mientras más corto es el período de embarazo, más alto es el peligro de complicaciones para el recién nacido, incluyendo riesgo de muerte, o parálisis cerebral, retraso mental, enfermedades pulmonares y gastrointestinales, y pérdidas de visión y

audición.

Cuando se presenta la sintomatología de nacimiento prematuro, los especialistas pueden intentar detener el trabajo de parto, sí las condiciones lo permiten, para que así el embarazo continúe hasta su término, de forma que se aumenten las probabilidades del bebé de tener adecuado desarrollo y buena salud. Sin embargo, no siempre es procedente detener el trabajo de parto prematuro, ni precaverlo.

En el informe “Nacidos Demasiado Pronto”, presentado en mayo 2 de 2012 por Acción Global sobre Nacimientos Prematuros de la OMS, Alianza para la Salud de la Madre y el Recién Nacido y el Niño, se indicó que este ha sido un grave problema desatendido, ratificando que “todos los recién nacidos son vulnerables, pero los bebés prematuros son más aún”¹¹ y “representan casi la mitad de todas las muertes de recién nacidos en el mundo”, siendo “la segunda causa de muerte en niños menores de 5, después de la neumonía”¹²; sin embargo, con tratamientos y cuidados especiales podría haber 75% de mayor supervivencia.

El referido informe califica como “importante garantizar que los bebés tengan al menos 39 semanas de gestación cuando es médicamente posible” y aclara que no todos los nacimientos prematuros son iguales, pudiendo ser clasificados en tres niveles: “Prematuro tardío–aquellos nacidos entre las 32 y 37 semanas..., la mayoría sobrevive con atención de apoyo”; “muy prematuros –aquellos nacidos entre las 28 y 32 semanas. Estos bebés requieren atención de apoyo adicional. La mayoría sobrevive”; y “los extremadamente prematuros –aquellos nacidos antes de las 28 semanas. Estos requieren la atención más intensiva y costosa para sobrevivir.”

Expertos de las Naciones Unidas, instituciones médicas y diferentes organizaciones de campo mencionan formas económicas comprobadas de atención a los bebés prematuros, que podrían salvar al menos tres cuartas partes de ellos. Una de ellas es el “Cuidado de madre canguro donde el bebé es mantenido en contacto con la piel de la madre, a fin de brindarle calor. El calor es muy importante para los recién nacidos prematuros. El cuidado de madre canguro facilita la lactancia frecuente y proporciona constante supervisión materna para el bebé”¹³ (no está en negrilla en el texto original).

Es pertinente conocer qué sucede en el proceso de gestación, tanto en la madre como en el nasciturus, particularmente entre la semana 37 y el momento del parto. El cerebro y el

cráneo del bebé continúan creciendo; aunque el peso no aumenta mucho más, cada día acumula 15 gramos de grasa al día, con la cual su cuerpo regulará mejor la temperatura, manteniendo un nivel adecuado de azúcar en la sangre.¹⁴

A la siguiente semana (38) suelen aparecer señales, hacia el “rompimiento de fuente” y las contracciones; los pulmones del niño y la placenta de la madre son la clave de la sincronización para el momento del parto. Cuando los pulmones están maduros, segregan una proteína al líquido amniótico que altera la producción de hormonas, reduciendo la placenta la emisión de progesterona y fomentando la producción de una nueva, oxitocina, que regula las contracciones del útero e indica si hay parto¹⁵.

Llegada la semana 39 sin alumbramiento, el bebé traga líquido amniótico y empieza a acumularlo como material de desecho, denominado meconio, que es una sustancia negra pegajosa, que será su primer movimiento de intestinos después del parto. El cordón umbilical, que hasta el momento ha transportado los nutrientes desde la placenta, mide en esta semana aproximadamente 50 centímetros de largo y 1,3 centímetro de ancho¹⁶.

Ya en la semana 40 el feto tiene el tamaño completo y está listo para nacer; la mayor parte de vérnix¹⁷ ha desaparecido, aunque pueden quedar algunos restos en sus pliegues.

Sexta. Análisis del caso concreto.

6.1. En el presente caso la señora Yurany Vidales Garzón considera que Salud Total EPS, al no haberle aplicado correctamente la Ley 1468 de junio 30 de 2011, en el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, está vulnerando sus derechos a la igualdad, mínimo vital, seguridad social y salud, de ella y de su hija recién nacida.

Corresponde entonces verificar los requisitos para proteger los derechos reclamados, de conformidad con los derroteros jurisprudenciales y lo analizado en la parte motiva de este fallo.

6.2. Consta en el expediente, sin refutación, que la actora sí se encuentra vinculada, como cotizante dependiente, a Salud Total EPS; dio a luz en julio 13 de 2011 e interpuso esta acción de tutela en noviembre 8 de 2011.

6.3. Salud Total EPS, al liquidar la licencia de maternidad de la señora Yurany Vidales Garzón,

consideró que según “expertos de la OMS un menor es prematuro cuando es un recién nacido de peso inferior a 2500 grs y/o nacido antes de las 37 semanas de gestación”; por ello, lo faltante para que el embarazo de la accionante fuera “a término son (5) semanas, más las (14) semanas de la licencia”, reconociéndole “un total de (19) semanas o (133) días de licencia” (fs. 35 a 36 ib.).

Sin embargo, obra dentro del expediente un primer resultado de la ecografía obstétrica, realizada a la accionante en junio 28 de 2011 “con equipo de tiempo real, con transductor sectorial de 3.5 MHZ, realizando múltiples rastreos en sentido longitudinal, transversal y oblicuo”, indicando como fecha probable de parto “ 01 de septiembre de 2011” y concluyendo: i) “Embarazo único intrauterino de 30 semanas, 0 días por biometría fetal”; ii) “vitalidad fetal satisfactoria”; y iii) “cumple las 40 semanas el 06 de septiembre de 2011” (no está en negrilla en el original, fs. 18 a 19 cd. inicial).

Un segundo informe ecográfico “doppler color obstétrico”, realizado en julio 7 de 2011 a la accionante, muestra que “para la edad gestacional de 31 semanas se encuentra anomalía en los espectros de las arterias uterinas las cuales presentan persistencia de la hendidura post sistólica que a esta altura del embarazo debe haber desaparecido. Indica que hay inicios de alteración en el lado materno de la placenta”. Se observa que la “F.P.P.” sigue siendo “septiembre 6 de 2011” (en el original solo está en negrilla “anomalía en los espectros”, f. 20 ib.).

En la historia clínica y evolución médica de la recién nacida Saray Vargas Vidales, se observa como antecedentes “neonato femenina pretérmino producto de la gesta II..., con embarazo de 32 semanas” y, más adelante, “recién nacido pretérmino: 33- 38, 2 sem”, con 40 días en la unidad de cuidados intensivos.

De todo lo anterior, se colige que la bebé de la demandante nació de 32 semanas de gestación, en nivel “prematuro tardío”, por ello requirió una atención especial, por 40 días en la unidad de cuidados intensivos.

6.4. Ahora bien, al producirse el parto bajo estudio ya regía el numeral 5° del artículo 1° de la Ley 1468 de junio 30 de 2011 (modificadorio del artículo 236 C. S. del T.), estatuyendo que “la licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14

semanas que se establecen en la presente ley”.

El párrafo 3° del precepto recién citado fijó que, para el efecto de la aplicación del referido numeral, se debe “anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad”.

Es pertinente repetir que el embarazo de 37 semanas no es el máximo deseable, sino el mínimo para precaver quebrantos de salud, no siendo en todo caso el momento ideal de nacimiento, pues el bebé y la madre aún se encuentran en proceso de gestación.

No puede entonces determinarse una semana fija y menos generalizarla, pues como se ilustró al final de la consideración quinta de esta sentencia, el momento natural de nacimiento lo determina, de manera individualizada el proceso de evolución en el que se encuentran la madre y el nasciturus.

Por ello el médico tratante, en los exámenes de rigor y según la evolución de cada caso en particular, calcula una fecha probable de parto, que tiene en cuenta no solo el tiempo, sino la formación, peso, tamaño y demás características propias, que según el conocimiento y la experiencia del profesional sea la aproximada para la finalización del embarazo, momento que llegará naturalmente, ojala en la plenitud del desarrollo y la salud del bebé.

Es por eso que la nueva norma, al referirse a la licencia de maternidad frente a niños prematuros, determinó que se tendrá en cuenta la “diferencia entre la edad gestacional” (formación en el vientre materno) “y el nacimiento a término” (fecha probable de parto, determinada por el especialista), “con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad”, debiendo anexarse la respectiva “certificación expedida por el médico tratante” y el certificado de nacido vivo (precitado párrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011, no está en negrilla en el texto original).

Queda claro, de otra parte, que si la intención del legislador hubiera sido la interpretada erróneamente por la entidad ahora accionada, simplemente se hubiera fijado la semana 37, como lo hizo al determinar la ampliación de la licencia de maternidad a 14 semanas.

6.5. En consecuencia, aunque el pago de la licencia de maternidad conforme a la Ley 1468 de junio 30 de 2011, ya fue realizado por Salud Total EPS en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, es pertinente aclararle nuevamente a la entidad accionada que para el caso de la señora Yurany Vidales Garzón, la fecha de nacimiento a término de su hija Saray Vargas Vidales es la referida en el último informe ecográfico “doppler color obstétrico” realizado en julio 7 de 2011, que estableció “F.P.P: septiembre 6 de 2011” (f. 20 cd. inicial.).

6.6. Habiéndose presentado la satisfacción del derecho reclamado durante el trámite de las instancias, surge un hecho superado, que haría innecesaria la tutela por carencia actual de objeto, reiterando al respecto lo indicado por la Corte Constitucional ante un número amplio de casos, “en los que el amparo solicitado se torna innecesario debido a que la amenaza, la omisión o el hecho generador de la acción, desaparece en el transcurso de ésta y ya no procede ordenar que se realice algo que ya ha sido efectuado”¹⁸.

No obstante, se advierte el riesgo surgido del fallo de segunda instancia, proferido en enero 30 de 2012 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, que ahora debe quedar sin efectos, al erróneamente “revocar el fallo impugnado de fecha 23 de noviembre de 2011, que tuteló los derechos invocados por Yurany Vidales Garzón”, que podría haber ocasionado un intento de recobro, lo cual volvería a engendrar el quebrantamiento de los derechos fundamentales en cuestión y que, por tanto, no puede proceder, como tampoco el pretendido en la impugnación contra la decisión del a quo por el representante de la sociedad demandada (f. 73 cd. inicial), que debe ser efectivamente cubierto por parte de Salud Total EPS 19, demandada a la cual se prevendrá, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, para que en ningún caso vuelva a incurrir en un comportamiento como el que dio lugar a esta acción de tutela (art. 24 D. 2591 de 1991).

6.7. Finalmente, se instará al Ministerio de Salud y de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en ejercicio de sus respectivas funciones hagan cumplir adecuadamente lo determinado en el numeral 5° del artículo 1° y en su parágrafo 3°, de la Ley 1468 de junio 30 de 2011, divulgando el contenido de esta sentencia entre las entidades prestadoras del servicio público de salud.

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 en enero 30 de 2012 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Villavicencio, que en su momento revocó el dictado en noviembre 23 de 2011 por el Juzgado Octavo Civil Municipal de la misma ciudad, en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de Yurany Vidales Garzón y de su recién nacida hija Saray Vargas Vidales, que corresponde TUTELAR, en apropiado cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 1° de la Ley 1468 de junio 30 de 2011.

Segundo.- PREVENIR a Salud Total EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, para que en ningún caso vuelva a incurrir en un comportamiento como el que dio lugar a esta acción de tutela.

Tercero.- INSTAR al Ministerio de Salud y de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en ejercicio de sus respectivas funciones hagan cumplir adecuadamente lo determinado en el numeral 5° del artículo 1° y su párrafo 3°, de la Ley 1468 de junio 30 de 2011, divulgando el contenido de esta sentencia entre las entidades prestadoras del servicio público de salud.

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

Cópiese, notifíquese y comuníquese. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 <http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/docs/diccionarioSiglasMedicas.pdf>

2 Cfr. T-848 de septiembre 2 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Cfr.T-1084 de diciembre 5 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas más.

4 Cfr. T- 1161 de noviembre 21 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T- 1168 de noviembre 17 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-136 de febrero 13 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-988 de diciembre 2 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-126 de febrero 23 de 2012, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-184 de marzo 8 de 2012, M. P. María Victoria Calle, entre muchas más.

5 Cfr. T-1030 de diciembre 3 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

6 Cfr. Gaceta del Congreso de la República N° 436 de julio 22 de 2010, página 3.

7 Íd..

8 Gaceta del Congreso de la República N° 306 de mayo 24 de 2011, página 4.

9 Esta protección existe en países como Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Italia entre otros. Gaceta del Congreso de la República N° 732 de octubre 4 de 2010, pagina 6.

10 “Urna acondicionada para permitir el desarrollo y la protección del recién nacido prematuro; en ella se mantienen unas condiciones de humedad, temperatura y composición de aire adecuadas para su crecimiento”
<http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico/incubadora.html>.

11 Secretario General de las Naciones Unidas Ban Ki-Moon, quien escribió el prólogo del referido informe y considera el esfuerzo para reducir los nacimientos prematuros y las muertes como una parte integral de su Estrategia Global para la Salud de la Mujer y los Niños.

12 Directora de Evidencia Global y Política para Save the Children Joy Lawn, coeditora del informe.

13 http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2012/preterm_20120502/es/index.html.

14 <http://www.semanaasemana.com/semana-37.html>

15 Íd..

16 Íd..

17 Grasa que cubre al feto.

18 Cfr. de 2011, T-035 de febrero 3, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-087 de febrero 15, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-108 de febrero 23, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-199 de marzo 23, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-201 de marzo 23 y T-271 de abril 11, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-291 de abril 14, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-309 de abril 28, T-504 de junio 30 y T-546 de septiembre 1º, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-743 de octubre 3, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; de 2012, T-005 de enero 16, M.P, Nilson Pinilla Pinilla, entre muchas más.

19 "... lo que da lugar al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios y no... que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro mediante una orden", T-450 de julio 9 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.