

T-662-97

Sentencia T-662/97

DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA-Protección eficaz por los jueces

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando se está ante el mínimo vital

PRESTACIONES ECONOMICAS POR LICENCIA DE MATERNIDAD-Periodo de protección laboral

Referencia: Expediente T-135722

Demandante: Yaneth Liliana Lizarazo Núñez

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C., a los nueve (9) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, envió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional de los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con fechas dos (2) y veintinueve (29) de mayo de 1997, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Cuenta la actora que suscribió con la Sociedad Confecciones Tolima Ltda, un contrato de trabajo, el 8 de abril de 1996, el cual terminó por vencimiento del plazo, el día 30 de diciembre de 1996. Durante el desarrollo del contrato, la trabajadora resultó en estado de embarazo y el ISS le prestó la atención médica debida.

El 31 de diciembre de 1996, la señora Janeth Liliana Lizarazo dió a luz una niña y el ISS le expidió el primero (1) de enero de 1997 la incapacidad por 84 días, la cual fue presentada el 22 de enero a esa misma entidad para su cobro. El ISS respondió el 29 del mismo mes negando el pago de la incapacidad, argumentando que de acuerdo con la resolución 4901 de 1996, para adquirir derecho a la licencia por maternidad o por adopción se requiere que en la fecha de iniciación de la misma, el asegurado se encuentre vinculado a un empleador, mediante una relación de carácter laboral, si es trabajador dependiente y en cualquier caso afiliado a la EPS-ISS.

Señala la demandante que junto con su empleadora, la Sociedad Confecciones Tolima Ltda. con número patronal 89070705880, cotizaron al ISS durante la vigencia del contrato, tal como lo ordena la ley.

Considera que se le han vulnerado sus derechos a la asistencia y protección del Estado y el derecho a recibir el subsidio alimentario que protege el artículo 43 de la Constitución

Nacional, pues debido a su actual estado de desempleo, no posee los medios para iniciar otra vía judicial y considera injusto que el ISS proceda de esa forma con mujeres que solo ganan el salario mínimo.

II. DECISIONES QUE SE REVISAN

Las decisiones que se revisan niegan la tutela con argumentos similares que se resumen así:

La acción de tutela no es viable si se pretermiten las acciones judiciales ordinarias especiales que las leyes han consagrado como los mecanismos idóneos para que las personas logren el reconocimiento de sus derechos. La peticionaria en este caso posee otro medio de defensa judicial con el fin de obtener el pago de la licencia por maternidad que a su juicio le corresponde. Es pues la jurisdicción ordinaria la encargada de resolver la controversia generada entre el derecho que dice tener la actora y la respuesta que al efecto otorga el ISS.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del decreto 2591 de 1991.

2. Protección a la mujer embarazada

En reiteradas oportunidades¹, la Corte Constitucional ha manifestado que la mujer embarazada y su hijo gozan de especial protección del Estado, pues no sólo el artículo 43 de la Constitución lo exige expresamente, sino los innumerables tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, los cuales de acuerdo con el artículo 93 de la Carta integran el bloque de constitucionalidad y por ello tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades de la República como para los particulares. Por consiguiente, los derechos reconocidos constitucional y legalmente en favor de la mujer embarazada deben ser efectivos a través de la interpretación y de la aplicación de los mismos, pues el respeto por el esquema institucional no puede llegar a negarlos y menos aún a anularlos.

Sobre el particular, la Corte ha señalado:

“Hoy el universo jurídico en el país se ha modificado y no existe la menor duda de la preferencia de la Constitución, la inmediata aplicación por parte de todos, tanto de las normas orgánicas como de las normas dogmáticas. Es más, aún en el caso de que una norma constitucional se autocondicione, en lo referente a los derechos humanos y el derecho al trabajo, el intérprete debe examinar si existe algún instrumento internacional ratificado por Colombia que permita superar la condición y, en todo caso, preferenciar el respeto a los derechos fundamentales.

“De acuerdo a la Constitución Política y a los convenios y tratados internacionales con fuerza

vinculante en nuestro país, existen actualmente protecciones suficientes para la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, para la licencia y prestaciones debidas por tal condición, y, por otro aspecto, en ocasiones puede haber manutención y servicios gratuitos para aquella y su hijo, que, en casos especiales, serán satisfechos por el Estado. Aunque, hay que recordar que tratándose del niño, la obligación prestacional también corresponde a la familia y a la sociedad (art. 44 C. P.).”²

En esa misma providencia, y más recientemente en la T- 270 de 1997 se realizó un análisis sobre la protección de la mujer embarazada en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, los cuales se reiteran. Se dijo:

“Particular importancia, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, tiene la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, dentro de la Asamblea General de la ONU (aprobada por la ley 51 de 1981) que estableció:

“Artículo 11. “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

“b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales...”

“2.12 Esta disposición armoniza con el Convenio 111 de la OIT que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo, y, respecto a la mujer embarazada específicamente está el Convenio 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y que en su artículo 3 dice:

“En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;
- c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

“2.13 A su vez, el artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, establece que a las madres que trabajan se les concede una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. (Pacto vigente en Colombia según la ley 74 de 1968).

“Cuál alcance hay que darle a los artículos 3º del Convenio 3 de la O.I.T., al artículo 10 del referido Pacto y al artículo 11 del Convenio de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en armonía con la “protección especial a la mujer, a la maternidad ” señalada en el artículo 53 de la Constitución?

“Los convenios suscritos por Colombia, debidamente ratificados, tienen fuerza vinculante. Si perentoriamente se prohíbe el despido, por motivo de embarazo y se ordena la licencia de maternidad, bajo “pena de sanciones”, si tal protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada y al derecho a la licencia por maternidad es obligatoria en Colombia por mandato de los artículos 93, 4 y 53 de la Constitución de 1991, entonces hay que ponerle punto final a la inconstitucional e inhumana práctica de despedir del trabajo, sin justa causa, a la mujer embarazada.”

En este orden de ideas, la normatividad vigente exige a los jueces, como autoridades públicas vinculadas a la ley, la defensa de los derechos de la mujer embarazada, buscando el máximo grado de efectividad de los mismos. Es por ello que el juez debe ponderar y aplicar los medios judiciales que de acuerdo con cada caso en particular, garanticen el cumplimiento eficaz de la legalidad.

3. Pago de licencia de maternidad cuando se está ante el mínimo vital.

En vista de que la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales residual y subsidiaria, debe estudiarse la procedibilidad de la acción, pues ante el incumplimiento del pago de obligaciones prestacionales es evidente la existencia de un proceso ejecutivo laboral, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos prestacionales, la Corte Constitucional en su labor hermenéutica ha desarrollado la tesis del mínimo vital, pues se parte de la base que ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas del trabajador, la acción de tutela es procedente. En un fallo reciente proferido por la Sala Plena de esta Corporación, se explicó el concepto de mínimo vital y la excepcionalidad de la acción de tutela para el pago de prestaciones sociales:

“La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

“Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta

menesterosidad -, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. "3

La procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad, ha sido tratada también por la jurisprudencia en la sentencia que condensa la doctrina así:

"Como se observó en el acápite anterior, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.

"Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso ejecutivo laboral, algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas.

"(...) reiterada jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que algunas prestaciones y derechos debidos a personas de la tercera edad, están íntimamente vinculados con su propia subsistencia en condiciones dignas e involucran, por lo tanto, una suerte de derecho al mínimo vital que permitiría, en algunos casos, franquear la vía de la tutela con miras a su garantía.⁴

Vista la jurisprudencia y la normatividad que dispensa la protección a la mujer embarazada, se mirarán los pormenores de este caso, para determinar si la acción de tutela es el mecanismo que procede o no aplicar.

4. El caso concreto. Vulneración de los derechos de la demandante por parte del ISS.

El material probatorio que consta en el expediente arroja la siguiente información que es preciso tener en cuenta a efecto de conceder o no el amparo solicitado.

La ciudadana demandante celebró contrato de trabajo con la sociedad Confecciones Tolima Ltda, el 8 de abril del pasado año habiéndose terminando dicho vínculo por expiración del término pactado, el 30 de diciembre del mismo año. Su sueldo según copia que se anexa del contrato era de \$142.126 pesos y realizaba la labor de operaria. Durante la vigencia del nexo laboral cotizó al Seguro Social a lo largo de 8 meses, y su tarjeta del Seguro tenía vencimiento hasta el 30 de enero de 1997.

En el transcurso del tiempo laboral resultó en estado de embarazo y el 31 de diciembre de 1996, pasado un día de la fecha de culminación de su relación de trabajo, dio a luz una niña siéndole otorgada el 1 de enero de 1997 la licencia de maternidad por parte del ISS. El día 22 de enero, quien fue su patrono firma el original del certificado de "incapacidad o licencia por maternidad" emanado del ISS Serie G No.454404, y le comunica su envío a la Sección de

Prestaciones Económicas del ISS “a fin de que le sea pagada directamente a la señora Liliana Lizarazo Núñez la licencia por maternidad”. Aclara dicho escrito que la indicada trabajó en su empresa hasta el 31 de diciembre, fecha en que terminó su contrato de trabajo por vencimiento del término estipulado.

El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima respondió la anterior solicitud el día 29 de enero de 1997 señalando que la licencia por maternidad reclamada no era viable “ya que para que halla tal derecho, la empleada debe encontrarse afiliada a la EPS-ISS y fue retirada el 31 de diciembre de 1996”.

Afectada con tal determinación la actora interpone la acción de tutela el 2 de abril de 1997 ante el Tribunal Superior de Ibagué, quien le hace saber al ISS de la tutela interpuesta y en comunicación enviada al Tribunal el 24 de abril del presente año, la entidad mantuvo su negativa de no otorgar la licencia indicando esta vez la norma que la habilita para tal determinación. En efecto, el ISS sostiene que la resolución 4901 del 11 de septiembre de 1996 en uno de los apartes del párrafo 2º. del artículo 46 expresa lo siguiente: “Para adquirir derecho a la licencia por maternidad o por adopción se requiere además, que en la fecha de iniciación de la licencia el asegurado se encuentre vinculado a un empleador, mediante una relación de carácter laboral, si es trabajador dependiente y, en cualquier caso afiliado a la EPS -ISS”.

Sin embargo, ha advertido esta Sala, una vez estudiado el régimen completo de los Seguros Sociales, sobre la existencia del decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, que la entidad no aplicó en esta especial situación y que en los preceptos pertinentes dice así:

“Artículo 25. Del período de protección laboral. Una vez finalizada la relación laboral o el aporte correspondiente a la cotización en salud, el trabajador y su familia gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por cuatro (4) semanas más contadas a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado como mínimo los seis (6) meses anteriores a la desvinculación de la misma EPS.

“Parágrafo 1. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de hasta tres (3) meses.

“Parágrafo 2. Durante el período de protección laboral, al afiliado y a su familia sólo le serán atendidas aquellas enfermedades que venía en curso de tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso la atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período escrito correrán por cuenta del usuario...”

“Parágrafo 3. La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a períodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto.”(Negrilla fuera del texto).

Es evidente que el artículo 25 del decreto 1938 de 1994 y su parágrafo tercero eran las normas llamadas a aplicarse en el período posterior al parto de la señora Janeth Liliana

Lizarazo, por cuanto hacia las fechas de solicitud del pago de la licencia y la respuesta dada por el ISS estaba corriendo el período de gracia que otorga la norma transcrita y la actora se encontraba exactamente dentro de la hipótesis especial que preve el parágrafo tercero del artículo 25. Es decir, su cotización superaba incluso las 12 semanas mínimas exigidas para el derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad y se repite, transcurrían para la fecha las 4 semanas de protección adicional que el decreto reglamentario 1938 otorga a las personas cuya relación laboral ha finalizado y su cotización en salud también se ha suspendido.

Así los hechos, se tiene, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, que cuando el juez de tutela constata que por la omisión de las autoridades o particulares se transgreden los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, como sucede en el caso que se estudia, debe dirigir su acción a ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que se pretenden proteger. En este evento, la Corte advierte claramente que con la omisión del ISS en aplicar la norma que favorecía a la demandante vulneró los garantías constitucionales consagradas en los artículos 43 y 44 de la Constitución Política y por lo tanto, esta Sala revocará los fallos de instancia, tutelaré los derechos vulnerados a la demandante y ordenará al Instituto de Seguros Sociales que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad de la actora.

No dejará de advertir esta Sala, que con miras a evitar el enfrentamiento de normas legales y reglamentarias que aparecen contradictorias y que no guardan armonía con los derechos que en general debe cubrir y amparar el I.S. S., deberá en un futuro dicha entidad ajustar y complementar su normativa de tal suerte que no resulten en conflicto normas reglamentarias con disposiciones legales, como es el caso que se analizó.

Se compulsarán además, copias a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta disciplinaria de los funcionarios que dieron lugar a la omisión que causó la transgresión a los derechos constitucionales de la actora.

IV. DECISIÓN

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos en primera instancia por La Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué del 2 de mayo de 1997, y el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo del mismo año.

Segundo.- CONCEDER la tutela solicitada por la señora YANETH LILIANA LIZARAZO NUÑEZ. Por consiguiente, ORDENAR al ISS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad de la actora, de conformidad con los argumentos expuestos en este fallo.

Tercero.- SÚRTASE el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA

Conjuez

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1En relación con este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-606 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-106 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-710 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

2Sentencia T-694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

3Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

4Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz