

Sentencia T-684/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional a mujer gestante y recién nacido/LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad/LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para reclamarla/LICENCIA DE MATERNIDAD-Línea jurisprudencial/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes acumulados T-1606409 y T-1616833

Acciones de tutela instauradas por Heyi Fernanda Vargas Ramos contra CAFESALUD E.P.S. y Bertha Esther Lozano Leyva contra SALUDTOTAL E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva, el 21 de febrero de 2007 y el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla Atlántico, el 2 de enero de 2007 que resolvieron las acciones de tutela promovidas por Heyi Fernanda Vargas Ramos y Bertha Esther Lozano Leyva, respectivamente.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional mediante Auto del 23 de agosto de 2007, decidió acumular los expedientes T-1606409 y T-1616833 al considerar que guardaban unidad de materia, para que los fallos antes mencionados fueran revisados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

## 1. Hechos

### 1.1. Expediente T-1606409

La accionante manifiesta que durante los meses de enero y febrero de 2006 se afilió como trabajadora independiente a la E.P.S. SALUDCOOP.

Posteriormente, en marzo de 2006 solicitó cambio “de oficina” sin que fuera aceptada por SALUDCOOP E.P.S. por lo que no pudo cotizar durante los meses de marzo y abril del mismo año. No obstante, en abril de 2006, al estar en estado de gravidez empezó a cotizar a la E.P.S. CAFESALUD.1

Con ocasión del nacimiento de su hijo -16 de enero de 2007-2 le fue entregada la respectiva incapacidad médica por licencia de maternidad,3 sin embargo, al solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad le fue negada por parte de la E.P.S. accionada porque “las semanas de gestación eran de 40 y ella sólo había cotizado 35, no cumpliendo con los períodos mínimos de cotización.”4

Señala que con dicha actuación Cafesalud E.P.S. le está violando los derechos a la vida, a la dignidad, al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la maternidad, al desmejorar su calidad de vida, pues es madre cabeza de familia y su sustento depende del trabajo diario que pueda desarrollar, el cual, al momento de interponer la tutela (febrero 9/07) no ha podido ejercer por encontrarse en licencia. Por tanto solicita se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada.

### 1.2. Expediente T-1616833

La señora Bertha Esther Lozano Leiva interpone acción de tutela (diciembre 5 de 2006) contra la E.P.S. Salud Total por considerar lesionados sus derechos a la igualdad y protección de la mujer, ante la negativa de dicha entidad en reconocer y pagar la licencia de maternidad.

Señala en su escrito que se encontraba cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizante independiente el día que nació su hijo (15 de mayo de 2006).

En vista de lo anterior, el 19 de julio de 20075 presentó derecho de petición a la E.P.S. Salud

Total con el fin de que se le reconociera la licencia de maternidad la cual le fue negada por haber cotizado un período inferior al de gestación.<sup>6</sup>

Afirma que se encuentra en una difícil y precaria situación económica, constituyéndose el reconocimiento de dicha prestación de vital importancia para proveer por el sostenimiento de su menor hijo, y más aún cuando su único medio de subsistencia es el dinero que de ésta se deriva.

Por lo anterior solicita se ordene a la entidad accionada disponer el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

## 2. Respuesta de las entidades demandadas

### 2.1. Expediente T-1606409

La Administradora Regional Huila de Cafesalud E.P.S., informó al juez de instancia a través de oficio del 15 de febrero de 2007,<sup>7</sup> que la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de "Cruz Blanca E.P.S." en calidad de cotizante dependiente desde el 18 de mayo de 2006, estando al día en pagos, contando con 35 semanas de cotización al sistema.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad, señaló que dicha prestación le fue negada por no haber cotizado durante todo el período de gestación, pues de las 40 semanas de gestación cotizó únicamente 35.

Afirma que lo anterior no significa que la señora Heyi Fernanda Vargas Ramos "quede desamparada, sino que la obligación del pago de la licencia de maternidad no corresponde a Cruz Blanca E.P.S. sino al empleador Coop Tbjó Asoc(sic) en virtud del artículo 3 del Decreto 047 de 2000."<sup>8</sup>

Así las cosas señaló que la conducta desplegada por Cruz Blanca E.P.S. no amenaza ni vulnera ningún derecho fundamental de la peticionaria, ajustándose a la legislación de la materia, pues a la afectada se le han brindado las prestaciones que le ofrece la cobertura del POS, a las que ha tenido derecho de acuerdo con la normatividad legal vigente.

Agregó que si lo que se pretende es reclamar por vía de tutela un derecho de carácter

prestacional, al tratarse de una suma de dinero, la señora Heyi Fernanda Vargas Ramos debe acudir a la justicia ordinaria laboral.

Por lo anterior solicitó declarar improcedente la acción de tutela instaurada contra Cruz Blanca E.P.S., toda vez que la conducta desplegada por dicha entidad promotora de salud ha sido en todo momento ajustada a derecho. Finalmente pidió conminar al empleador al pago de la licencia de maternidad.

## 2.2. Expediente T-1616833

Salud Total E.P.S., a través del Gerente de la Sucursal Barraquilla informó al juez de instancia mediante oficio del 27 de diciembre de 2006,9 que la accionante se afilió al Sistema General de Seguridad Social en salud el 17 de agosto de 2005, como cotizante dependiente del empleador Almacén Salim hasta el 10 de octubre de 2005. Posteriormente registra afiliación como trabajadora independiente durante el período comprendido entre el 21 de diciembre de 2005 y el 30 de julio de 2006, “y por último registra una afiliación el 24 de julio de 2006 hasta la fecha en calidad de dependiente del empleador Acción S.A.”

Afirma que en el caso objeto de estudio, es a partir de septiembre de 2005 que debe empezarse a contar el número de semanas de cotización que tienen que reunirse a fin de acceder al pago de la prestación de la licencia de maternidad, de donde puede colegirse fácilmente que si la actora sólo cotizó al Sistema entre septiembre de 2005 y el 15 de mayo de 2006 (fecha en la cual ocurrió el parto) aproximadamente 34 semanas y un día, y su período de gestación fue de 37.5 semanas, no es posible acceder en los términos legales al pago de la licencia de maternidad solicitada a la E.P.S. Salud Total.

Adicionalmente informó que la E.P.S., ha asumido a favor de la señora Lozano Leyva todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido en su momento, desde que se afilió a dicha entidad promotora de salud, y en especial, respecto de todos aquellos servicios que la usuaria ha requerido con ocasión de su maternidad.

Así las cosas, solicitó denegar la tutela por improcedente por la inexistencia de la vulneración al mínimo vital de la accionante y la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr el reconocimiento y consecuente pago de la licencia de maternidad objeto de petición y en su lugar, se instruya a la afiliada comunicándole que Salud Total S.A. E.P.S., no se

encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad, en virtud a que no se encuentran dados los presupuestos legales para ello, correspondiendo dicha obligación a su empleador Acción S.A. De lo contrario pide se ordene recobrar al Fosyga.

Por su parte la Directora de Agencia Acción S.A. dando respuesta a la vinculación que le hiciera el juzgado de conocimiento,<sup>10</sup> al igual que al Almacén Salim,<sup>11</sup> informó que la señora Bertha Esther Lozano Leyva se encuentra incorporada con dicha empresa mediante contrato de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada, el cual fue suscrito el 24 de julio de 2006, desempeñando la labor de promotora de ventas y prestando sus servicios en la empresa "cliente Almatex S.A. con una asignación mensual de \$408.000."

Agregó que en la misma fecha de vinculación con Acción S.A. (24 de julio de 2006) la peticionaria fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la E.P.S. Salud Total.

Finalmente, señaló que "En cuanto a los hechos narrados por la señora Lozano Leyva y las peticiones contenidas en la acción de tutela tramitada ante su despacho contra Salud Total EPS, debemos informar que estos no nos constan por no ser de nuestro conocimiento, debido a que según describe la accionante, sucedieron con anterioridad a la fecha en que se dio inicio a la relación laboral que actualmente nos vincula, como prueba de ello adjuntamos copia del contrato de trabajo."<sup>12</sup>

### 3. Decisiones judiciales objeto de revisión

#### 3.1. Expediente T-1606409

El juez de instancia, mediante sentencia del 21 de diciembre de 2007, decidió negar la protección solicitada por considerarla improcedente, toda vez que no se evidenció vulneración de los derechos invocados por la accionante que conlleve a la entidad demandada al desconocimiento de ellos, por cuanto es la justicia ordinaria quien debe decidir qué persona o entidad es la que debe cancelar la licencia de maternidad. Agregó que para que la señora Heyi Fernanda Vargas se haga acreedora a la prestación económica solicitada debe cumplir con lo establecido en los decretos 806 de 1998 y 1804 de 1999, de conformidad con el art.3 del Decreto 047 de 2000.

Así las cosas afirma que es el empleador, Cooperativa de Trabajo La Prosperidad, quien debe asumir el pago de la prestación económica requerida, a fin de proteger el derecho de la maternidad, pues como bien lo señaló la afectada, su período de gestación comenzó en abril de 2006, pero su pago de cotización al sistema inició a partir del mes de junio de 2006.

Agregó que la tutela “no debe ser un instrumento para remediar las omisiones procesales, ni puede emplearse para sustituir los procesos ordinarios y especiales regulados por la ley, tampoco para ordenar a una entidad que pague una licencia de maternidad que no cumple con los requisitos previstos para tener derecho a ser cancelada por la E.P.S. Cafesalud.”<sup>13</sup>

El fallo no fue impugnado.

### 3.2. Expediente T-1616833

El Juzgado 6 Penal Municipal de Barranquilla, mediante providencia del 2 de enero de 2007 denegó la acción de tutela por considerar que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial como es acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para determinar si corresponde a la EPS o a sus empleadores el pago de la prestación económica solicitada.

El fallo no fue impugnado.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Problema Jurídico

La Sala debe determinar si la negativa de las entidades promotoras de salud de reconocer y pagar la licencia de maternidad solicitada por las accionantes, viola su derecho al mínimo vital en razón a las difíciles circunstancias económicas que atraviesan y que les impide procurar una digna subsistencia a sus hijos recién nacidos.

2. Reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

Las reglas jurisprudenciales que, en aras de garantizar el derecho a la igualdad de trato jurídico (art. 13 C.P.) de las accionantes, deben aplicarse para resolver el problema jurídico planteado ya han sido fijadas por las diferentes Salas de Revisión de este Tribunal

Constitucional que reiteradamente ha resaltado cómo la licencia de maternidad no constituye una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,<sup>14</sup> conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

De allí que la licencia de maternidad, tenga una doble finalidad, puesto que por una parte, brinda un descanso a la madre para que se recupere del parto (art. 43 C.P.) posibilitando que el recién nacido reciba todas las atenciones que requiere (arts. 44 y 50 C.P.); y por la otra, garantizar el mínimo vital y la dignidad humana<sup>15</sup> de éstos. En estas condiciones dicha protección está dirigida tanto a la madre como al hijo desde el mismo momento de la concepción.

De lo expuesto se infiere que cuando una entidad promotora de salud tramita y decide una petición de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad de una de las trabajadoras afiliadas ya como independiente o como dependiente, el pronunciamiento excede el ámbito de la relación EPS-Usuario para involucrar también los derechos prevalentes del recién nacido (art. 44 y 50 C.P.) que deben ser interpretados a la luz del principio de interés superior del menor.<sup>16</sup>

Por esta razón, el fundamento para negar una licencia de maternidad por parte de una Entidad Promotora de Salud no puede ser simplemente la invocación y aplicación mecánica de la normatividad legal y reglamentaria<sup>17</sup> que regula el reconocimiento y pago de esta prestación económica, dado que, en cada caso particular, éstas deben observar el principio de interpretación conforme a la Constitución con el fin de garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres trabajadoras a ellas afiliadas con el fin de materializar la protección especial de la cual son titulares. Empero, si dichas entidades, en cada caso concreto, no pueden armonizar la normativa legal y reglamentaria con los mandatos superiores habrán de cumplir con el deber que impone a todo operador jurídico de inaplicar (art. 4 Superior), para cada caso particular, aquellas disposiciones que dados los supuestos fácticos generen consecuencias que desconozcan lo dispuesto en la Carta Política, pudiendo en todo caso

acudir las trabajadoras a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa administrativa, dependiendo el tipo de vinculación laboral que se tenga, para que sea el juez competente el que haga efectiva la protección especial que para ellas y sus hijos e hijas recién nacidos otorga nuestra norma fundamental.<sup>18</sup>

Como se puede advertir, el ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política dispone de un sistema de protección para hacer realidad sus contenidos, lo cual permite resaltar cómo es contrario al artículo 49 Superior que las entidades promotoras de salud privadas estén sistemáticamente optando por negar las licencias de maternidad que se les solicitan aplicando de forma mecánica la regulación legal y reglamentaria sobre la materia desconociendo que la autorización otorgada por el Estado, en nombre del cual presten el servicio de salud a los habitantes del territorio nacional, no es un asunto meramente económico sino que implica también el deber de esas empresas para contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho (arts. 1 y 2 C.P.).

Si bien las madres trabajadoras, como se ha expuesto cuentan con las vías ordinarias para lograr el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad esta Corporación ha precisado que cuando dicha prestación se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela.<sup>19</sup>

Cabe recordar que a partir de la Sentencia T-999 de 200320 se ha establecido que para que sea viable el amparo constitucional, el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad debe ser planteado ante los jueces de tutela durante el primer año de vida del niño.

### 3. Falta de coincidencia entre el período de gestación y el período de cotización

En la actualidad se han vuelto rutinarios aquellos casos en que se solicita por parte de la madre trabajadora la licencia de maternidad a su Entidad Promotora de Salud y ésta niega dicha prestación aduciendo que el período de gestación y el período de cotización no coinciden, no cumpliendo así con uno de los requisitos impuestos por los actos administrativos (Decretos reglamentarios 806 de 1998 y 047 de 2000) que regulan el

reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante estar acreditada la afectación al derecho al mínimo vital de la mujer después del parto y de su hijo recién nacido, sujetos éstos de especial protección por parte del Estado (arts. 43, 44 y 50 C.P.).

En una primera etapa, la Corte se pronunció respecto de providencias en las que los jueces de tutela desconociendo la condición de los sujetos de especial protección, presentes en casos de reconocimiento y pago de licencia de maternidad, aceptaron la posición de las entidades promotoras de salud accionadas de aplicar de forma mecánica los actos administrativos citados, soslayando que las consecuencias de dicha aplicación desconocía el deber de todo operador jurídico de observar los valores y principios constitucionales de forma prevalente a cualquier otra consideración normativa infraconstitucional.

En dichos casos la falta de coincidencia entre el período de gestión y de cotización se restringía a días o a unas pocas semanas. Al respecto, en la Sentencia T-1243 de 200521 se señaló que:

“La Corte Constitucional ha sostenido 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<sup>22</sup>.

Es así como en oportunidades anteriores, en los que la Corte ha constatado la afectación del mínimo vital de la trabajadora y de su hijo recién nacido, ésta ha procedido a ordenar a la EPS a la que se encuentra afiliada, el pago de la licencia de maternidad correspondiente, a pesar de que la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo del embarazo (Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2), por haber cambiado de trabajo durante la gestación, y existir entonces un lapso en el que no tenía un empleador que fuera responsable del pago de sus cotizaciones<sup>23</sup>.

En tales casos donde el lapso de no cotización es breve - inferior a un mes de los nueve que dura usualmente un embarazo- en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido, esta Corporación ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución y ha ordenado el pago de la licencia de maternidad.”

Posteriormente, la Corte revisó sentencias de tutela en los cuales se negó el amparo

constitucional aduciendo que la falta de coincidencia entre el período de gestación y el de cotización excedía de un mes. En dichos casos que han sido sistematizados, entre otras, en las Sentencias T-906 de 200624 y T-053 de 200725 la Corte dijo:

(...)

“(...) se concluye que al aplicar de manera rigurosa el requisito legal, es decir, la exigencia de haber cotizado como mínimo un período igual al de la gestación, en algunos casos se estarían afectando los derechos fundamentales al mínimo vital y subsistencia tanto a la madre como a su menor hijo quienes subsisten económicamente de ésta prestación económica.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha inaplicado las normas que regulan un período mínimo de semanas de cotización igual al de la gestación para que se reconozca el pago de la licencia de maternidad, y en su lugar ha dado aplicación a las normas superiores que regulan esta garantía doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre y su hijo.”<sup>28</sup>

En recientes pronunciamientos la Corte ha consolidado esta posición y ha precisado que “la aplicación o interpretación de normas que consagran periodos mínimos de cotización para hacerse acreedor de determinadas prestaciones económicas no puede ser tal, que vulnere derechos fundamentales. Si se tiene en cuenta que, según los requisitos legales anteriormente señalados, las cotizaciones deben hacerse de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación; un mes se constituye en un lapso insignificante frente a una vulneración de derechos fundamentales de las personas.”<sup>29</sup>

En la sentencia T-582 de 200730 la Corte señaló:

“12.- De conformidad con la legislación vigente, la licencia de maternidad es otorgada a la mujer trabajadora previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que aquélla haya cotizado durante todo el período de su gestación (ii) que haya cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) que haya cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho<sup>31</sup>; (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento<sup>32</sup>.

13.- Ante la solicitud de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, las Entidades Prestadoras de Salud del Régimen Contributivo deben verificar que la trabajadora afiliada cumpla los requisitos aludidos. Sin embargo, de manera excepcional y de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, es posible otorgar la licencia por maternidad aún cuando algunas de estas exigencias no se han cumplido.”

En la providencia en cita, la Corte precisó el alcance de la regla jurisprudencial aplicable al escenario constitucional que deriva de los supuestos fácticos del problema jurídico expuesto formulado en el asunto de la referencia en los siguientes términos:

“En relación con el requisito consistente en cotizar durante todo el tiempo de gestación, en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido, no puede valorarse de conformidad con el texto de la norma. Al contrario, debe ponderarse el tiempo cotizado con el tiempo faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido. En consecuencia, esto excluye aquellas situaciones en las cuales el tiempo cotizado y el tiempo restante no guarden la relación expuesta<sup>33</sup>.”<sup>34</sup>

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si los casos analizados son de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

#### 4. Casos concretos

Del material probatorio que reposa en los expedientes se advierte que tanto en el caso de la señora Heyi Fernanda Vargas Ramos (expediente T-1606409) como en el de la señora Bertha Esther Lozano Leyva (expediente T-1616833), la negativa de las entidades promotoras de salud accionadas a cancelar la licencia de maternidad por ellas reclamadas se fundamenta en la falta de coincidencia entre el período de gestación y el de cotización de estas trabajadoras al sistema de seguridad social en salud.

En efecto, conforme se ha reseñado en esta providencia, la trabajadora Heyi Fernanda había cotizado al momento del parto 35 semanas no obstante que su período de gestación fue de 40 semanas, es decir, dichos tiempos no coinciden en cinco (5) semanas. Por su parte,

Bertha Esther Lozano Leyva para el momento del nacimiento de su hijo había cotizado 34 semanas y el período de gestación fue de 37.5 semanas, por lo cual existe una diferencia de tres (3) semanas aproximadamente.

En este sentido, aplicando de forma mecánica los actos administrativos (art. 63 del Decreto 806 de 1998 y num. 2º del art. 3º del Decreto 047 de 2000) que regulan el reconocimiento de la licencia de maternidad, le asistiría razón a las entidades promotoras de salud tuteladas para no acceder al pago de dicha prestación económica, dado que las trabajadoras no cumplen con uno de los requisitos reglamentarios para ese fin cual es el haber cotizado de forma ininterrumpida al sistema de seguridad social en salud durante todo su período de gestación.

No obstante, como se ha precisado en esta providencia, en el Estado social de derecho todos los operadores jurídicos incluyendo las entidades promotoras de salud deben respetar los mandatos constitucionales al adoptar cualquier tipo de determinación, en este sentido sus decisiones deben estar orientadas a realizar los valores y principios contenidos en nuestra norma fundamental, garantizando en cada caso la realización de justicia material.

De esta manera, en el nuevo modelo de Estado, acogido por la Carta de 1991, en el que las entidades promotoras de salud desarrollan su actividad económica no pueden, so pena de vulnerar la Constitución, adoptar determinaciones que dadas las particularidades de los casos y de los sujetos respecto de los cuales deben tomar una decisión, invocar normas infraconstitucionales para generar consecuencias adversas a lo ordenado por el Constituyente primario.

Por ello, la aplicación del derecho no es una actividad meramente mecánica o descontextualizada, en dicha labor que realizan todos los operadores jurídicos, es deber de estos tener en cuenta las reales situaciones en que se encuentra la persona que se beneficiará o perjudicará con la determinación a adoptar, por ello es menester valorar la condición económica, física o mental del sujeto de derecho o si éste se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, dado que de no hacerlo se quebrantaría el derecho a la igualdad (art. 13 Superior) en la medida en que se podría estar tomando una decisión sin tener en cuenta que se está frente a un sujeto de especial protección por parte del Estado, respecto del cual no es posible adoptar las mismas determinaciones que se proferirían

respecto de personas que no ostentaran dicha condición.

En los casos bajo análisis, las entidades promotoras de salud no tuvieron en cuenta al negar la licencia de maternidad ni al participar en el trámite de la acción constitucional de amparo, que las personas a favor de las cuales se reclamaba la prestación económica eran sujetos de especial protección por parte del Estado.

En efecto, las solicitantes conforme al artículo 43 Superior son mujeres que después del parto gozan de especial asistencia y protección del Estado y en el caso de éstas, dicha protección es reforzada en razón a que también son madres cabeza de familia.

De otra parte, las accionadas y los jueces de instancia debieron tener en cuenta que cuando dichas trabajadoras solicitaron el pago de la licencia de maternidad, la decisión negativa sobre la misma no sólo las afectaba a ellas, sino que también implicaba una lesión para el mínimo vital de sus hijos recién nacidos que al ser menores de un año de edad no sólo tienen protección especial por esta circunstancia (art. 50 C.P.), sino, por su condición de niños (art. 44 C.P.). En estos casos, debió observarse tanto en sede de las E.P.S. como al momento de resolver la acción de tutela el principio de interés superior del menor.

Como se advierte, los jueces de tutela en cada uno de los casos de la referencia no cumplieron con su función de garantes de la supremacía de la Constitución, además soslayaron que conforme al artículo 83 Superior que dan soporte normativo a los principios de buena fe y confianza legítima, las autoridades deben ser coherentes en sus actuaciones y garantizar razonablemente la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”<sup>35</sup>.

En los casos sub judice, las entidades promotoras de salud, no sólo aceptaron la afiliación de las trabajadoras sino que recibieron sus aportes en las condiciones reseñadas en esta providencia, sin advertirlas, de que en un futuro no accederían a la licencia de maternidad y por lo mismo ellas de buena fe siguieron haciendo las cotizaciones respectivas, generándose entonces una expectativa para ellas, en el sentido que una vez superan la etapa del parto, podrían subsistir dignamente con lo percibido con la licencia de maternidad.

Para la Sala, no existe duda que el no pago de la licencia de maternidad solicitada por las señoras Heyi Fernanda y Bertha Esther afecta su mínimo vital y el de sus hijos, lo cual en manera alguna fue desvirtuado por las accionadas. Debe tenerse en cuenta sobre este aspecto cómo lo que ha de entenderse por mínimo vital en tratándose de mujeres trabajadoras que se encuentran en fase post parto ha de valorarse a partir de las reales circunstancias a que ellas se enfrentan.

En efecto, como lo ha dicho esta Corporación “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.”<sup>36</sup>

En este sentido el derecho al mínimo vital, para la garantía de su protección, involucra dos aspectos principales. En primer término, “[e]l concepto de mínimo vital (...) no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa (...), atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”<sup>37</sup> Y, en segundo lugar, la Corte ha considerado que la vulneración del derecho al mínimo vital se protege mediante la acción de amparo, para evitar que la persona “...sufra una situación crítica económica (...). Con esta referencia se pretende dejar intacta la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria, cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo.”<sup>38</sup>

Para los casos concretos, es evidente que los dineros que se logren percibir por concepto de licencia de maternidad mitigarán las necesidades de las accionantes y de sus hijos recién nacidos y les garantizará tener una vida en condiciones dignas.

Finalmente, no existe duda que en ambos casos la acción de tutela fue interpuesta dentro del

año siguiente al parto, con lo cual se cumple en su integridad con las reglas jurisprudenciales fijadas para que sea procedente, de forma excepcional, la acción de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad.

Por lo anterior, se revocarán los fallos de instancia por haberse apartado sin justificación alguna de las citadas reglas jurisprudenciales. Se inaplicarán por ser contrarias a la Constitución (arts. 13, 43, 44 y 50 C.P.) en los casos de la referencia las normas que regulan un período mínimo de semanas de cotización igual al de la gestación para reconocer y se ordenará a las entidades promotoras de salud accionadas el pago de las licencias de maternidad a las accionantes.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva Huila, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Heyi Fernanda Vargas Ramos y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales y de su hijo recién nacido al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de CAFESALUD EPS-Regional Huila-, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Heyi Fernanda Vargas Ramos, si todavía no lo ha hecho.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Bertha Esther Lozano Leyva y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales y de su hijo recién nacido al mínimo vital y a la vida digna.

Cuarto.- ORDENAR al representante legal de Salud Total E.P.S. -sucursal Barranquilla, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora

Bertha Esther Lozano Leyva, si todavía no lo ha hecho.

Quinto.- INAPLICAR con base en el artículo 4 de la Carta Política y para el caso concreto de las señoras Heyi Fernanda Vargas Ramos y Bertha Esther Lozano Leyva, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 3 numeral 2º del Decreto 047 de 2000.

Sexto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 A folio 9 del expediente obra copia del carné de afiliación de la accionante a Cafesalud E.P.S.

2 Folio 8 del expediente.

3 Folio 7 del expediente.

4 Folio 7 del expediente.

5 Folio 7 y 8 del expediente.

6 Folio 5 del expediente.

7 Folios 12 a 16 del expediente.

8 Folio 12 del expediente.

9 Folios 50 a 61 del expediente.

10 Mediante auto del 19 de diciembre de 2006.

11 A través de Auto del 19 de diciembre de 2006, el Juez Sexto Penal Municipal de Barranquilla dispuso vincular al proceso de tutela al propietario del Almacén Salim, siendo notificado por el radioperiódico La Libertad Ltda., por desconocerse su domicilio, toda vez que la peticionaria no aportó la dirección respectiva para notificación.

12 Folio 46 del expediente.

13 Folio 34 del expediente.

14 Cfr. Artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981), artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador" (Ley 319 de 1996).

15 Corte Constitucional. Sentencia T-838 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

16 En la Sentencia T-999 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería, la Corte señaló que: "es un imperativo del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que ésta debe ser real, de carácter vinculante absoluto y permanente. Luego se afecta la dignidad de la madre y la salud del niño cuando se obstruye la eficacia de un derecho que ya ha sido reconocido cuando se otorga la licencia, pero que al reclamarlo ante la justicia escuetamente se le presenta a la interesada un argumento de simple

procedimiento, dando a entender entre otras cosas que la madre perdió el derecho al pago de su licencia de maternidad.”

17 El artículo 63 del Decreto reglamentario 806 de 1998 dispone: “LICENCIAS DE MATERNIDAD. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.”|| El artículo 3º numeral 2 del Decreto reglamentario 047 de 2003 establece: “PERIODOS MINIMOS DE COTIZACION. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: (...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

18 Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-1014 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

20 M.P. Jaime Araújo Rentería.

21 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo

de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz): “(...) la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención”. (Los pies de página contenidos en esta cita fueron omitidos).

23 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-549 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1010 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-931 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández). Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

24 M.P. Humberto Sierra Porto.

25 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 T-304 de 2004, T-549 de 2005 y T-674 de 2006.

27 T-906 de 2006. En este caso a la tutelante le faltaba un mes y veintinueve días para cumplir el período mínimo de cotización.

28 T-053 de 2007. En este caso la accionante había dejado de cotizar dos meses y dos días para que coincidiera el período de gestación con el de cotización.

29 T-375 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

30 M.P. Humberto Sierra Porto.

31 Decreto 1804 de 1999, art. 21, num 1.

32 Consultar art. 63 del Decreto 806 de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud, y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general”

33 Ver sentencia T-1038 de 2006.

35 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

36 Corte Constitucional. Sentencia T-1038 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

37 T-553 de 2005.

38 SU-995 de 1999, reiterada entre otras en la T-158 de 2006.