

## Sentencia T-706-09

Referencia: expediente T-2296059 Acción de tutela instaurada por Ximena León Ortiz contra el Servicio Occidental de Salud -SOS y Otro.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, DC., el (6) de (octubre) de dos mil nueve (2009).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa y por los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

### SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cali-Valle con funciones de Conocimiento, el tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009), y el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali-Valle, el seis (6) de marzo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por Ximena León Ortiz contra el Servicio Occidental de Salud -SOS y otro.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veinticinco (25) de junio de dos mil nueve (2009), proferido por la Sala de Selección Número Seis.

Dado que el problema jurídico que plantea la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, este fallo será motivado brevemente.<sup>1</sup>

Ximena León Ortiz presentó acción de tutela en contra de Servicio Occidental de Salud-SOS E.PS., por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos a la vida, a la dignidad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la maternidad, al trabajo en condiciones dignas, a

la salud y demás derechos fundamentales conexos, con base en los siguientes:

## 1. HECHOS

1. La accionante está vinculada al Sistema General de Seguridad Social de Salud, mediante la entidad Servicio Occidental de Salud-SOS- E.P.S.. Ha sido trabajadora de la empresa Listos S.A. y su remuneración es de \$461.000. Ximena León Ortiz tuvo su hijo el 11 de enero de 2009 en la ciudad de Cali, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días.

2. Según la actora, canceló sus aportes al sistema de salud durante todo el proceso de gestación. No obstante, la entidad accionada manifiesta que sólo acreditó 32 de las 39 semanas exigidas. Por tanto, manifiesta que su inscripción al sistema de salud fue posterior al inicio del embarazo. Tal situación significa, según la EPS, que la accionante no cumple con los requisitos prescritos en el artículo 3, numeral 2, del Decreto 047 de 2000, “por el cual se fijan normas de afiliación y se dictan otras disposiciones”, motivo por el cual se negó a cancelar la licencia de maternidad.

3. La actora instauró una acción de tutela para salvaguardar sus derechos fundamentales. El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cali, con funciones de conocimiento, negó la acción de tutela mediante sentencia de primera instancia del tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009). En esta providencia, argumentó que la accionante no cumplía con uno de los requisitos exigidos para obtener la licencia de maternidad que es haber cotizado en el sistema durante todo el tiempo de gestación, pues su afiliación sólo se produjo desde el 11 de abril de 2008. Sostiene también que tal controversia no implica la vulneración de derechos fundamentales y que, por tanto, debe ser resuelta por la jurisdicción ordinaria laboral.

4. El Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali Valle del Cauca, confirmó el fallo del a quo en sentencia del seis (6) de marzo de dos mil nueve (2009). El primer argumento que estructuró este juez fue que la naturaleza de la controversia era propia de la jurisdicción ordinaria laboral y no de la jurisdicción constitucional. Esta afirmación se corrobora porque, según este fallo, en el presente caso no se presenta la afectación de derechos fundamentales ni tampoco la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Como se ha señalado, el problema jurídico que plantea este proceso de tutela ya ha sido resuelto en numerosas ocasiones por esta corporación. Se trata del desconocimiento del pago de la licencia de maternidad a Ximena León Ortiz por parte de Servicio Occidental de Salud -SOS EPS, por cuanto no canceló la totalidad de los aportes correspondientes al período de gestación.

2. Con relación a estos casos, merece una mención particular el carácter vinculante de las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Esta Corte ha insistido, en reiteradas oportunidades,<sup>2</sup> acerca del deber que tienen las autoridades judiciales de aplicar a la resolución de los asuntos propios de su competencia, la jurisprudencia proferida por este Tribunal. La salvaguarda y supremacía de la Constitución se supedita, en las democracias constitucionales, al cumplimiento riguroso y estricto de las decisiones proferidas por el órgano encargado de interpretar el sentido y alcance de la Constitución Política. Por lo tanto, cuando, sin fundamento alguno, un funcionario se aparta de sus decisiones puede dar origen, incluso, a consecuencias de tipo penal y disciplinario.<sup>3</sup>

3. Con antelación, en la sentencia T-1223 de 2008 se sistematizaron los criterios que debe aplicar la Corte Constitucional al momento de analizar el pago de las licencias de maternidad. Por eso, a continuación se resolverá el caso siguiendo los lineamientos expuestos en esa sentencia.

4. En este caso, la solicitud de tutela fue negada con el argumento de que la actora había cotizado durante un período inferior al de gestación. La Sentencia T-1223 de 2008 señaló los requisitos que analiza la jurisprudencia constitucional al momento de conceder el pago de la licencia de maternidad: “Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad fueron descritos antes y pueden resumirse en los siguientes<sup>4</sup>: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación<sup>5</sup> y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema

de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho<sup>6</sup>.

“En cuanto (i) al primer requisito, ha sido uniforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no puede realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (artículos 43 y 53 de la Constitución)<sup>7</sup> y para los niños (artículos 44 y 50 de la Constitución)<sup>8</sup>. Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.<sup>9</sup>”<sup>10</sup>

5. En el expediente consta que la fecha de afiliación de la actora al sistema de seguridad social en salud, fue el 11 de abril de 2008 (Cuad. 1, Folio 38). Además, la empresa de la cual ella fue trabajadora acreditó el pago de las cuotas al sistema desde dicha fecha hasta enero de 2009 (Cuad. 1, Folio 55 y 56). Esta situación permite inferir que la actora cotizó un total de 39 semanas, lo cual le da el derecho a la licencia de maternidad. Por su parte la EPS argumenta que la actora sólo cotizó 32 semanas de las 39 que se requerían.

6. Independientemente de a cuál de las dos posiciones presentadas se le concede credibilidad, lo cierto es que por lo menos desde la sentencia T-1223 de 2008 la Corte Constitucional ha sostenido que se debe cancelar la totalidad de la licencia de maternidad cuando faltan por cotizar menos de dos meses del período de gestación: “En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar mas de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo

que efectivamente se cotizó.”<sup>11</sup> Para resolver el presente caso se acogerán estas reglas jurisprudenciales.

7. Esta Corte ha establecido que, en ciertas circunstancias, la negación del pago de la licencia de maternidad vulnera el derecho fundamental al mínimo vital: “Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo<sup>12</sup>, o cuando el salario es su única fuente de ingreso<sup>13</sup> y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor<sup>14</sup>. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.”<sup>15</sup>

8. Existe plena identidad entre los requisitos expuestos en la sentencia T-1223 de 2008 con las características del caso objeto de análisis. Ximena León Ortiz tiene un salario mínimo como ingreso base de cotización al sistema de salud. Tampoco ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor. La EPS y el empleador no desvirtuaron la presunción que indica una afectación del derecho al mínimo vital ante el no pago de la licencia de maternidad. Estos hechos corroboran que existe una vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante que impone que éste derecho sea salvaguardado por esta Corporación.

9. La Constitución y los pronunciamientos de la Corte establecen que son sujetos de especial protección tanto las mujeres en proceso de embarazo y después del parto, como los niños. Las EPS y las autoridades públicas deben actuar conforme a tal postulado constitucional, concediendo la licencia de maternidad para amparar los derechos constitucionales de estos sujetos de especial protección.

10. Los jueces de instancia desconocieron el precedente constitucional sobre la licencia de maternidad y sobre la especial protección que merecen tanto las mujeres en estado de embarazo y después del parto, como los niños. Por este motivo procederá la Corte a revocar la decisión dictada por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali-Valle, el seis (6) de marzo de dos mil nueve (2009). En su lugar, se ampararán los derechos de la demandante a la seguridad social y al mínimo vital, y el derecho fundamental de su hijo a la vida. En consecuencia, se ordenará cancelar el pago de la licencia de maternidad a la demandante.

### 3. DECISIÓN:

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

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali-Valle, el seis (6) de marzo de dos mil nueve (2009) que confirmó el fallo de primera instancia mediante el cual se negó la acción de tutela a la actora. En su lugar, CONCEDER la tutela interpuesta por Ximena León Ortiz.

Segundo. ORDENAR a Servicio Occidental de Salud -SOS EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la accionante la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

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

2 Sentencia C-037 de 1996, Sentencia SU-047 de 1999, Sentencia C-836 de 2001 y Sentencia T-355 de 2007, entre otros.

3 Sentencia C-335 de 2008.

4 Estos requisitos son aquellos con base en los cuales se han negado las licencias de maternidad. Aún cuando hay otros requisitos legales, aquellos no han sido hasta el momento utilizados para negar el acceso a la licencia de maternidad.

5 Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2.

6 Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

7 Artículo 43 de la Constitución Política: “(...) Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (...)”. Artículo 53 de la Constitución Política: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) protección especial a la mujer, a la maternidad (...)”

8 Artículo 44 de la Constitución Política: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de

asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”. Artículo 50 de la Constitución Política: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”. Esta protección especial, igualmente la dispone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador” (art. 9).

9 En reciente decisión (T-034 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta corporación sostuvo: “(...) 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.”

10 Sentencia T-1223 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

11 Sentencia T-1223 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

12Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-158 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-1081 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-241 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

13 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-365 de 1999 (MP Fabio Morón Díaz) y T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

14 Sentencia T-999 de 2003 (MP Jaime Araújo Rentería): “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el

plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”. En el mismo sentido, ver también entre otros, los siguientes fallos: T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-1155 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-1014 de 2003 (MP: Eduardo Motealegre Lynett) .