

Sentencia T-837/10

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para reclamar el reconocimiento y pago cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago completo y pago proporcional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago total cuando faltaren por cotizar menos de 2 meses del período de gestación, pago proporcional cuando se deja de cotizar más de 2 meses

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Pago total de licencia de maternidad por cuanto se dejó de cotizar menos de 2 meses durante el periodo de gestación

Referencia: expediente T-2'706.196

Acción de tutela instaurada por Yasmín Rocío Gómez Fontalvo contra la entidad de salud Nueva E.P.S. S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Promiscuo

Municipal y el Juzgado Civil del Circuito ambos de Fundación - Magdalena, mediante las cuales se negó la tutela a los derechos fundamentales invocados por la demandante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

El 27 de noviembre de 2009, la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo interpuso acción de tutela contra la Nueva E.P.S. S.A.. La accionante sostiene que la entidad en mención vulneró los derechos fundamentales tanto de ella como de su menor hijo al no cancelársele el valor de la licencia de maternidad.

La tutelante solicita al juez constitucional ordenar a la Nueva E.P.S. S.A., el pago de la licencia de maternidad.

La demanda se sustenta en los siguientes hechos y argumentos de derecho.

1. HECHOS

1.2.1 La señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo, mediante apoderado, instauró acción de tutela contra la Nueva E.P.S. S.A., con el fin de obtener el pago de la licencia de maternidad.

1.2.2 Afirma la accionante que se encuentra afiliada a la entidad promotora de salud Nueva

E.P.S., en calidad de cotizante. Mediante procedimiento quirúrgico realizado en la I.P.S. Central de Urgencias UCYF Limitada, el día 3 de octubre de 2009, nació su hijo Carlos Daniel Cáceres Gómez.

1. La señora Gómez Fontalvo manifiesta que la solicitud de pago de la licencia de maternidad la realizó el día 22 de octubre del 2009, sin embargo, el mismo día la entidad demandada niega dicho pago argumentando que la accionante no cumple con el período de cotización de forma completa e ininterrumpida.

1. Manifiesta la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo que para la fecha del parto como para el momento de interponer la acción de tutela, la empresa para la cual aquella trabaja se encontraba al día en los aportes al sistema de seguridad social en salud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La Nueva E.P.S. S.A., señaló que el pago de la licencia de maternidad no se llevó a cabo en razón a que la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo no registra como afiliada cotizante al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación. Además, las semanas continuas de cotización son inferiores a las semanas de gestación.

Que el reconocimiento de las prestaciones derivadas de licencias e incapacidades de cotizantes dependientes es un procedimiento de su empleador vigente ante la entidad demandada. Agrega, que la "Asociación de Padres de Familia Comunidad es quien debe, realizar estos trámites y a la fecha, la Asociación de padres no reportó ninguna solicitud de pago de la licencia de maternidad. Por ello no se generó ninguna negación de la licencia de maternidad por parte de la Nueva E.P.S..

Por lo anterior, afirma la entidad de salud que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante ni de su menor hijo.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Fundación – Magdalena, niega la solicitud de tutela al considerar que dicho medio es viable cuando no exista otra vía judicial ordinaria de

protección de tales garantías, como es el proceso ejecutivo laboral.

El juez resaltó que la accionante no informó desde qué fecha se encontraba afiliada, ni aportó prueba que indique aquello, con el fin de establecer si como afiliada de la nueva E.P.S., reúne los presupuestos para el pago completo o proporcional de la licencia pretendida. Lo anterior, es confirmado por la entidad demandada cuando manifiesta que la accionante no cumplió con el tiempo exigido por la norma.

Impugnación

La señora Yasmín Gómez manifestó que trabaja para la “Asociación de Padres de Familia Comunidad” PORGF, desde el primero de agosto de 2008, y en su calidad de empleada y cotizante, ella no es responsable de las omisiones del no pago a tiempo o continuo por parte del empleador, teniendo en cuenta que mensualmente le realizan los descuentos que por ley le corresponde al empleado.

El Juzgado Civil del Circuito de Fundación - Magdalena, confirmó el fallo del a-quo, en todas sus partes.

2. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el expediente se encuentran las siguientes pruebas documentales:

1. Certificado de la licencia de maternidad, fechado 22 de octubre de 2009, otorgándole 84 días de incapacidad, sin embargo, le es negado el pago de la incapacidad aduciendo la entidad demandada que la accionante no cumple nueve (9) períodos cotizados de forma completa e ininterrumpida.

1. Copia del Registro Civil de nacimiento del menor Carlos Daniel Cáceres Gómez, NUIP 1.081.809.939.

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 57.447.723 a nombre de la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo, se constata que cuenta con 37 años de edad.

3. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSITUCIONAL: PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 29 de septiembre de 2010, oficio a la Nueva E.P.S. S.A. de Fundación – Magdalena para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a esta Sala, lo siguiente:

“¿Durante el período de gestación y al momento del parto, quién era el empleador de la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo?

¿Desde qué fecha se encuentra afiliada como cotizante la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo?

¿Cuántas semanas continuas de cotización realizó la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo durante su período de gestación?

- Allegar a esta Corporación el listado de las empresas que vincularon como trabajadora a la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo. Informar la dirección y teléfonos registrados durante el tiempo de gestación y parto.”

- Que mediante escrito fechado 13 de octubre de 2010, la Nueva EPS dio respuesta a esta Sala, manifestando lo siguiente:

A la primera pregunta: “Prestaba relación laboral en calidad de madre comunitaria con la empresa Asociación de Padres de Familia Comunidad (...).

A la segunda pregunta: “Se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud a través de la NHUEVA EPS a partir de fecha primero (1) de agosto d 2008.

A la tercera pregunta: “Estas (sic) son la relación de pagos realizados por la accionante durante el período de gestación:

Período

F.Pago

F.Grabación

Aporte

Día

Aportes

AGO2008

06/08/2008

09/08/2008

200,000

8,000

30

NT 800080500

SEP2008

03/09/2008

06/09/2008

200,000

8,000

30

NT 800080500

OCT2008

23/09/2008

24/09/2008

200,000

8,000

30

NT 800080500

NOV2008

05/11/2008

06/11/2008

200,000

8,000

30

NT 800080500

DIC2008

01/12/2008

02/12/2008

200,000

8,000

30

NT 800080500

ENE2009

13/01/2009

14/01/2009

200,000

8,000

30

NT 800080500

11/03/2009

12/03/2009

215,000

8,600

30

NT 800080500

MAR2009

12/03/2009

13/03/2009

215,000

8,600

30

NT 800080500

MAY2009

06/05/2009

07/05/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

JUN2009

04/06/2009

05/06/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

JUL2009

06/07/2009

08/07/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

AGO2009

14/08/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

OCT2009

07/10/2009

08/10/2009

215,000

8,600

30

NT800080500

NOV2009

10/11/2009

11/11/2009

215,000

8,600

30

NT800080500

DEC2009

10/12/2009

11/12/2009

215,000

8,600

30

JUN2010

07/01/2010

08/01/2010

215,000

8,600

30

NT800080500

FEB2010

08/02/2010

09/02/2010

215,000

8,600

30

NT800080500

MAR2010

10/03/2010

11/03/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

ABR2010

08/04/2010

09/04/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

JUN2010

11/06/2010

12/08/2010

223,000

8,900

30

JUL2010

08/07/2010

09/07/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

AGO2010

04/08/2010

05/08/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

SEP2010

08/09/2010

09/09/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

OCT2010

05/10/2010

223,000

8,900

30

NT800080500

A la cuarta pregunta: “La accionante laboró en la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA COMUNIDAD (...) del 11 de noviembre a de 1994 al 28 de febrero de 2009. Luego estuvo afiliada como trabajadora de FUNDACIÓN CAMINOS (...) desde el primero de abril de 2009 al Treinta de julio de 2009. Posteriormente ingresó nuevamente a ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA COMUNIDAD (...) desde el primero de septiembre de 2009.”

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales de la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo y su menor hijo fueron vulnerados por parte de la Nueva E.P.S. S.A., al no

cancelársele el valor de la licencia de maternidad.

La Sala para resolver el presente caso, reiterará la jurisprudencia respecto de los siguientes temas: i) Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas, y ii) Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad.

4.3 Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución de 1991, en sus artículos 431, 44 y 502, señala que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, apoyando de manera especial a la mujer cabeza de familia dentro de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.

Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que “el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”³

Ahora bien, los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer que se encuentra en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación⁴, respecto de este requisito esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de este requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, 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, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.⁵

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 derecho⁶. En lo referente, al anterior requisito la Corte Constitucional ha establecido,⁷ que aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, la EPS demandada no requirió al obligado(a) para que lo hiciera ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.⁸ Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aun cuando se constate que la accionante ha cumplido con los presupuestos legales para que la entidad de salud demandada le pague la licencia de maternidad, para que su reclamación sea procedente a través de la acción de tutela, es preciso comprobar que hay vulneración a los derechos fundamentales del mínimo vital⁹ tanto de la madre como de su hijo recién nacido, debido al no pago de la licencia.

4.4 Pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

Los artículos 8, 80, 63 y 70 del Decreto 806 de 1998¹⁰, han dispuesto que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se debe tener en cuenta, los siguientes requisitos:

“(i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de maternidad; (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación; (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica¹¹”.

De la misma forma, el Decreto 1804 de 1999¹², señala los siguientes requisitos:

“(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a

todos los trabajadores (artículo 2113); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 2114); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 2115)”¹⁶.

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 47 de 2000¹⁷, establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a saber:

“... Períodos mínimos de cotización. 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 (...).”

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación¹⁸.

Posteriormente la misma Corporación, modifica su jurisprudencia tendiendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que “la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el

derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”¹⁹. Así, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y en consecuencia, ordena que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aún cuando no se haya cotizado durante todo el período de embarazo a las entidades prestadora de salud.

La Corte Constitucional ha venido desarrollando una medida²⁰ con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007²¹, se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(…) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006²². En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007²³ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007²⁴, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de

maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”²⁵.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (subrayas fuera de texto)

En la sentencia T-530 de 2007, teniendo en cuenta las consideraciones de los casos arriba mencionados, la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se había dejado de cotizar menos de dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso específico tenemos que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la entidad de salud Nueva E.P.S. S.A. ha vulnerado los derechos fundamentales a la señora Yasmín Rocio Gómez Fontalvo, por negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con el argumento, que el tiempo que realmente cotizó en salud fue inferior al que exigen las normas legales aplicables.

Sobre el particular se constata que la señora Yasmin Rocio Gómez Fontalvo interpuso la presente acción de tutela el 27 de noviembre de 2009 y que la misma accionante sostiene que dio a luz a su hijo el 3 de octubre del mismo año. Hecho este que está corroborado con el certificado de “nacido vivo”²⁶. Queda así demostrado que la accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Por otra parte, la señora Gómez Fontalvo sostiene en la acción de tutela que ha estado afiliada a salud en calidad de cotizante a la Nueva E.P.S. S.A., entidad esta que le negó el pago de la licencia de maternidad argumentando que el tiempo cotizado es inferior al que ordena la normativa. Como pruebas de lo dicho en la tutela anexa copia de la certificación de la misma entidad relativa a la incapacidad por maternidad durante 84 días, en la cual consta igualmente que es trabajadora dependiente.

Ahora bien, el representante legal de la Nueva E.P.S. S.A. contestó la acción de tutela oponiéndose a ella, entre otras razones porque la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo no cotizó en salud durante todo el periodo del gestación, agregó, "(...) es importante anotar que la Asociación de Padres de Familia Comunidad NIT. (...) es quien debe realizar estos trámites, ya que usted tiene un vínculo laboral vigente con este empleador.

(...)

A la fecha el empleador Asociación de Padres de Familia Comunidad no ha reportado la solicitud de la licencia de maternidad en mención, por lo tanto no se ha generado ninguna negación de la licencia de maternidad.

Estudiado el caso y teniendo en cuenta las pruebas allegadas a este Despacho, tenemos entonces que la señora Gómez Fontalvo del período de gestación cotizo un total de siete (7) meses (abril y septiembre)²⁸, como se demuestra a continuación:

ENE2009

13/01/2009

14/01/2009

200,000

8,000

30

NT800080500

FEB2009

11/03/2009

12/03/2009

215,000

8,600

30

NT800080500

MAR2009

12/03/2009

13/03/2009

215,000

8,600

30

NT800080500

MAY2009

06/05/2009

07/05/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

JUN2009

04/06/2009

05/06/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

JUL2009

06/07/2009

08/07/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

AGO2009

14/08/2009

15/08/2009

215,000

8,600

30

NT830508232

OCT2009

08/10/2009

215,000

8,600

30

NT800080500

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que se ha señalado en esta providencia, se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante y de su menor hijo, presunción que no ha sido desvirtuada por parte de la Nueva EPS. Cabe precisar que la entidad prestadora de salud Nueva EPS a la cual estaba afiliada durante el período de gestación y para la cual se encuentra cotizando en la actualidad la señora Gómez Fontalvo, es la entidad obligada a reconocer y pagar la licencia de maternidad.

De conformidad con las reglas que la Corte ha establecido para estos casos, tenemos que la accionante dejó de cotizar menos de 2 meses durante el período de gestación, motivo por el cual, se ordenará a la entidad de salud Nueva EPS, el pago total de la licencia de maternidad.

Por lo tanto, esta Sala revocará las sentencias de los Juzgados Primero Promiscuo Municipal de 14 de diciembre de 2009 y Civil del Circuito de 23 de marzo de 2010 ambos de Fundación - Magdalena, pero por las razones expuestas en la presente providencia. En su lugar, serán tutelados los derechos de Yasmín Rocío Gómez Fontalvo y de su hijo menor de edad, a la seguridad social y al mínimo vital, para lo cual se inaplicará, por contrariar la Constitución de este Estado Social de Derecho, lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 047 de 2000 y se ordenará a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia,

si aún no lo ha hecho, que pague el 100%²⁹ de la prestación por licencia de maternidad a la señora Yasmín Rocío Gómez Fontalvo.

Teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala hace un llamado a prevención a la entidad de salud Nueva EPS, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado esta Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. INAPLICAR lo dispuesto en el artículo 3°, del Decreto 047 de 2000.

SEGUNDO. REVOCAR las sentencias de los Juzgados Primero Promiscuo Municipal de 14 de diciembre de 2009 y Civil del Circuito de 23 de marzo de 2010 ambos de Fundación - Magdalena. En su lugar, CONCEDER la tutela instada por Yasmín Rocío Gómez Fontalvo, en protección de los derechos suyos y de su hijo menor de edad, a la seguridad social y al mínimo vital.

TERCERO. En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad que le corresponde a la afiliada Yasmín Rocío Gómez Fontalvo.

CUARTO. PREVENIR a la entidad de salud Nueva EPS, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado esta Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

2 Garantizar los derechos fundamentales del recién nacido y en general de los menores de edad.

3 Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la

vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

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

5 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."

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

7 Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

8 La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

9 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 mínimo⁹, o cuando el salario es su única fuente de ingreso⁹ y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor⁹. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

10 Decreto 806 de 1998.

11 Sentencia T-1223 de 2008.

12 Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

13 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. || Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. || Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)”

14 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por

concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

15 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. || 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. || Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

16 Sentencia T-1223 de 2008.

17 Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

18 Sentencia T-127 de 2009.

19 Sentencia T-204 de 2008.

20 T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el período de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el período de gestación.

21 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

22 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

23 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Ibídem.

26 Folio 7.

27 Folios 15 a 19.

28 Artículo 21 del Decreto 1804 de 1999

29 Entre otras sentencias se pueden consultar, las siguientes: T-530 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-136 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-340 y T-526 ambas de 2009.