

Sentencia T-866/07

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de licencia de maternidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO-Pago oportuno de licencia de maternidad

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de estudiar las circunstancias particulares a fin de verificar el cumplimiento o no de la obligación de cotizar durante el período de gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según semanas cotizadas durante el periodo de gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por cuanto la interrupción en los aportes a salud fue de menos de dos meses

Referencia: expediente T-1640894

Acción de tutela instaurada por Miriam Josefa Rincones Mercado contra la E.P.S. COOMEVA.

Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito del Distrito Judicial de Santa Marta.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta el 16 de marzo de 2007, confirmatorio del dictado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de la misma ciudad el 12 de febrero de 2007, dentro de la acción de tutela incoada mediante apoderado por la señora Miriam Josefa Rincones Mercado contra COOMEVA EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Cuarto del Circuito del Distrito Judicial de Santa Marta, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número siete ordenó revisarlo, mediante auto de 5 de julio de 2007.

I.- HECHOS Y NARRACIÓN EFECTUADA POR LA DEMANDANTE

La señora Miriam Josefa Rincones Mercado interpuso el 1° de febrero de 2007 acción de tutela en contra de la E.P.S. COOMEVA por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y los derechos fundamentales de los niños, por los hechos que pueden resumirse como sigue:

Manifiesta la accionante, que el día dieciséis (16) de enero de 2007, dio a luz a su hija, siendo atendida en la Clínica de la Mujer de la ciudad de Santa Marta.

Señala que aún cuando su parto estaba programado para el día dieciséis (16) de febrero de este mismo año, el mismo se adelantó, naciendo su hija de manera prematura con tan sólo ocho (8) meses de gestación.

Sucedido el parto, la accionante solicitó a la E.P.S. COOMEVA le fuera reconocida y pagada la correspondiente licencia de maternidad. Sin embargo, la E.P.S. le negó el reconocimiento y pago de la referida licencia de maternidad, argumentando para ello, que la accionante no había cumplido con el requisito de haber cotizado de manera ininterrumpida y continua durante todo el periodo de su gestación.

Frente a esta respuesta, la accionante pone de presente que el no pago de dicha licencia de maternidad pone en peligro su salud y las condiciones mínimas de vida de su hija nacida prematura, pues ha venido presentando una serie de complicaciones que han afectado su estado de salud. Adicional a estas razones, señala que es madre cabeza de familia y que

actualmente se encuentra incapacitada para trabajar.

Por lo anterior solicita la protección de los derechos fundamentales ya señalados y para ello, pide que se ordene a la E.P.S. el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

En escrito recibido en el juzgado de primera instancia del 9 de febrero de 2007, la doctora Margarita Orozco Eslait, Directora de la Oficina Santa Marta de COOMEVA E.P.S., dio respuesta a esta acción de tutela en los siguientes términos:

* Manifestó que en efecto, la señora Miriam Josefa Rincones Mercado se encuentra vinculada a dicha E.P.S. desde el 1° de junio de 2006, en calidad de trabajadora independiente. Aclara que para la fecha de su vinculación la accionante ya contaba con dos (2) meses de embarazo, y que en la medida en que el parto se produjo el dieciséis (16) de enero de 2007, no cumplió con uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad, como era el haber cotizado de manera ininterrumpida al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante todo su período de gestación. Por lo anterior solicita que se niegue la pretensión de la accionante de que se le conceda esta prestación económica.

* En respaldo de su petición la funcionaria expone varios argumentos jurídicos tanto normativos como jurisprudenciales. Anota que mediante Decreto 047 de 2000 se impuso la obligación de cotizar de manera ininterrumpida al Sistema durante el periodo de gestación, y en el caso de incapacidades durante las primeras cuatro semanas contadas desde la fecha de afiliación.

* Advierte la funcionaria de COOMEVA E.P.S., que en el eventual caso de que los aportes no se hagan de manera ininterrumpida y la trabajadora se encuentre vinculada laboralmente, será su empleador quien deberá asumir el reconocimiento de tal prestación, todo lo anterior

sin obviar el cumplimiento de las demás exigencias legales que para tal efecto se hayan establecido.

* De la misma manera, cita la sentencia T-681 de 2005 de esta corporación, en la cual, frente a un caso similar al que aquí se plantea, se confirmó la negativa de la tutela, al observarse que la accionante no había cumplido los requisitos establecidos en la ley para reclamar el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, pues también había cotizado tan sólo ocho (8) meses de su periodo de gestación.

* Por todo lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

III. ACTUACION PROCESAL

1. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 12 de febrero de 2007, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santa Marta negó la tutela, luego de considerar de manera muy breve, que si bien de la ecografía que le fuera hecha a la accionante el 13 de diciembre de 2006 se estableció que tenía un embarazo cuyo periodo gestacional era de 30 semanas y 5 días, esta afirmación no coincide con la epicrisis de la UCI (Unidad de Cuidados Intensivos) neonatal, que determinó que al momento de nacer la hija de la accionante el 16 de enero de 2007, su periodo de gestación total había sido de 35 semanas, ni con lo consignado en el Certificado de Nacido vivo en el cual se afirmó que la gestación había sido de 36 semanas. Concluyó entonces, que siendo insuficiente el período de cotización, no era posible conceder el amparo solicitado.

2. Sentencia de segunda instancia

Impugnada la decisión por parte de la accionante, conoció en segunda instancia el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, el cual en sentencia del 16 de marzo de 2007, confirmó la decisión del a quo.

Luego de exponer algunos criterios jurídicos en relación con la procedencia de la tutela frente

a este tipo de casos, en relación con el caso en concreto el ad quem señaló que “de la documentación aportada nos es claro que la accionante, no cotizó tal y como lo expresó la a quo, las mínimas semanas de cotización, es más, no consta que el niño haya sido prematuro, tal y como lo afirma la impugnante, pues la ecografía no nos da la fecha exacta del parto, sino una fecha estimativa de una probabilidad, es decir fecha hipotética, que solo puede ser desvirtuada o probada una vez se haya realizado el parto, tal y como aquí aconteció.”

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Es competente la Corte Constitucional para analizar este asunto, en Sala de Revisión, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Frente a los hechos expuestos por la accionante, así como por el análisis del material probatorio que obra en el expediente, se puede advertir que los problemas jurídicos que surgen en el presente caso y que deben ser objeto de pronunciamiento en sede de revisión son i) la protección constitucional a la maternidad; ii) la procedibilidad de la acción de tutela frente a la reclamación de licencias de maternidad; iii) el deber legal de cotizar durante el período de gestación y el análisis frente a cada caso en concreto, y finalmente, vi) la nueva posición jurisprudencial en cuanto al reconocimiento y pago total o proporcional de la licencia de maternidad según el caso concreto.

3. La protección a la maternidad en la Constitución Política y su desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional

En orden de importancia de los derechos reconocidos a todas las personas por la Constitución Política de 1991 sobresale el derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 superior, pues este derecho es origen y fuente de los demás derechos que se consagran en la Constitución Política. Además, por cuanto la garantía de este derecho y su pleno desarrollo se logra también en el respeto de otros derechos fundamentales tales como la igualdad (art. 13) que prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar,

lengua, religión, opinión política o filosófica, y obliga al Estado a promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, a adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, finalmente, a proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

Bajo este marco jurídico de rango constitucional, se ha puesto de presente que en realidad no todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones, y que para garantizar dicha igualdad ante la ley, la propia Constitución ha señalado algunos grupos sociales que por su especial vulnerabilidad (sean esta físicas, mentales o económicas) requieren de una especial protección. Por tal motivo, se desarrollaron normas de carácter constitucional, que si bien crean una discriminación positiva respecto de estos grupos sociales vulnerables, tienen la intención de lograr que se supere esa desigualdad original y se encuentre entonces una real y efectiva igualdad ante la ley.

Así, respecto de los derechos de los niños, la Carta Política dispuso en sus artículos 44 y 50, que los derechos de éstos prevalecen sobre los derechos de las demás personas; el artículo 46, señaló que el Estado, la sociedad y la familia deben velar de manera especial por las personas de la tercera edad; el artículo 47 se orientó a proteger de manera igualmente especial a todas aquellas personas que presentan alguna limitación de orden físico, psíquico o sensorial, y para ello se consideró necesario la implementación de políticas de prevención, rehabilitación e integración social. Finalmente, otro de los grupos social que se identificó por su vulnerabilidad fueron las mujeres en estado de embarazo, y por esta razón, el artículo 43 garantiza su protección especial durante su embarazo y después del parto, y con mayor razón cuando élla sea cabeza de familia.

Es este último grupo social de especial protección, el que merece la atención de la Sala de Revisión para el presente caso, por cuanto, la condición de madre de cabeza de familia de una mujer y su especial condición de mujer embarazada, llevó igualmente a que su protección tuviera una múltiple orientación, vistos los diferentes ámbitos jurídicos que pueden verse involucrados para garantizar una verdadera y real protección de sus derechos.

En reciente sentencia T-530 de julio 12 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se

señaló sobre el particular lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con la especial protección que se debe dar la mujer embarazada y en período de lactancia, es importante recalcar que dicho amparo tiene desarrollo normativo en múltiples niveles. Por una parte, existe dos ámbitos fundamentales de amparo a la mujer y estos tiene que ver con:

i. el derecho a obtener el reconocimiento de una prestación económica como parte de su licencia de maternidad, la cual se complementa con la posibilidad de descansar durante un tiempo legalmente establecido a fin de garantizar su recuperación física y de asegurar el desarrollo normal de su hijo durante su primera etapa de la vida, y por otro lado,

i. el derecho a la estabilidad laboral reforzada,¹ que garantiza a la madre la posibilidad de asumir su maternidad con responsabilidad y tranquilidad, sabiendo que su derecho al trabajo se verá garantizado mientras cumple con este período inicial como madre, sin que pueda ser objeto de discriminación de ninguna índole. ²

“Ciertamente estos dos ámbitos de protección especial que tienen su origen verdadero en conceptos jurídicos de raigambre constitucional, tienen amplio desarrollo y regulación a nivel legal a través de múltiples normas contenidas tanto en el Código Sustantivo de Trabajo, como en la profusa normatividad de Seguridad Social que se ha desarrollado para tal efecto.

“Pero además, el ámbito de protección dado a la mujer embarazada también involucra al Estado Colombiano en el plano internacional, llevándolo a tomar posiciones muy claras a través de sus diferentes ramas del poder. En efecto, la Corte Constitucional al pronunciarse en relación con la constitucionalidad de artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y ^{2º} de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968,⁴ dijo:

‘Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales’. Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de

Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que ‘se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.’ Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar ‘todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo’ a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, ‘el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano’. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo.’⁵

“De la misma manera indicó:

‘En el mismo artículo 11 numeral 2º literal b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se consagra que los Estados deben ‘implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales’; y más adelante en el artículo 12 numeral 2º. se recaba en el deber del Estado de suministrar servicios adecuados y garantizar la nutrición durante el embarazo, el parto y el post-parto.’ ⁶”

En consideración a los anteriores argumentos jurisprudenciales y al marco jurídico referido, es clara la especial protección con que cuentan las mujeres en estado de embarazo y a su hijo recién nacido.

La amplia jurisprudencia constitucional proferida por la Corte Constitucional ha dejado en claro que es viable la protección por vía de tutela a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y a sus hijos recién nacidos, cuando dicho desconocimiento compromete sus garantías fundamentales, particularmente respecto de sus condiciones mínimas de vida digna y su mínimo vital. En efecto, esta situación se presenta cuando la prestación económica de la licencia de maternidad resulta ser, como ocurre en muchas ocasiones, la única fuente de recursos económicos que van a asegurar el mínimo vital de la madre y de su hijo recién nacido.

En efecto, en sentencia T-788 del 19 de agosto de 2004, la Sala Segunda de Revisión de la Corte señaló:

“el pago de la licencia de maternidad, tal como sucede con el resto de acreencias laborales, sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se hayan 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.”⁷

Ahora bien, en sentencia T-408 del veinticinco (25) de mayo de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, se señaló qué habría de entenderse por mínimo vital. Dicha sentencia dijo lo siguiente:

“Al hablar de mínimo vital se hace referencia a un derecho constitucional innominado que se desprende de una interpretación sistemática del estatuto Superior y que se puede definir, en términos generales, como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna, con las condiciones suficientes para desarrollar aquellas facultades de las que puede gozar la persona humana⁸.

“Se trata, entonces, de un concepto amplio y pragmático que debe interpretarse siempre de manera extensiva, más no restrictiva. Su contenido, aunque indeterminado, ha sido delimitado progresivamente por esta Corporación, al circunscribirlo no sólo a las necesidades básicas de alimentación y vestuario, sino también a las relativas a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente⁹.

“(…)

“Finalmente, y tan importante como los desarrollos ya mencionados, es el carácter cualitativo y específico de este derecho, lo que se traduce en que la determinación del mismo obedece a la valoración de las necesidades básicas de los peticionarios involucrados en cada caso, en particular, con base en criterios metodológicos cualitativos y flexibles, más allá de los cuantitativos y rígidos. A partir de esta importante consideración, se introdujo el adjetivo congrua para cualificar el verbo subsistencia y así condicionar el contenido del mínimo vital de las personas, a su nivel de vida acorde con su posición social¹⁰

“(…)

“En consecuencia, no es preciso ni acertado sostener que no se afecta el mínimo vital del núcleo familiar de la Señora Calderón Mendoza cuando no le es cancelada completa y

oportunamente la licencia de maternidad a que tiene derecho. Al contrario, por estar condicionada la delimitación de este derecho fundamental, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, es forzoso concluir que al desaparecer la única fuente de ingresos de la peticionaria durante cerca de tres (3) meses, disminuye ostensiblemente para ella, la posibilidad de mantener las condiciones de subsistencia suyas y de su familia con el mismo rango de favorabilidad en que se encontraban antes del alumbramiento.”

4. Viabilidad de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

Vista la especial protección constitucional a la mujer embarazada o en lactancia y a su hijo recién nacido, es importante determinar, cómo y cuando procede la acción de tutela como vía judicial apropiada para lograr el pago efectivo de la licencia de maternidad.¹¹ Sobre el particular la Corte ha dicho lo siguiente:

“1. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con 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 configura un derecho fundamental por conexidad y por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.¹²

“2. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela.¹³

“3. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

“4. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.¹⁴

De acuerdo con los argumentos jurídicos expuestos en la sentencia citada, la viabilidad de la acción de tutela para lograr el efectivo pago de una prestación económica de orden laboral, es consecuente con la necesidad de proteger por esta vía un derecho de mayor categoría como es el mínimo vital, la protección especial de los derechos fundamentales de los niños y la vida en condiciones dignas entre otros.

5. Obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) durante el período de gestación. Análisis de diferentes situaciones particulares.

En relación con este tema, el desarrollo normativo es muy claro cuando de manera puntual señala en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, que la madre que acaba de dar a luz, podrá reclamar el reconocimiento de la prestación económica derivada de su licencia de maternidad si ha cotizado al Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS), como mínimo, durante todo el período de su gestación.

Frente a este último concepto, relativo a la duración del periodo de gestación, existen diferentes argumentos para considerar que la duración de este periodo es más o menos corto. Por tal motivo, esta corporación, en sentencia T-520 de julio 7 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) advirtió que si bien el periodo promedio de gestación es de aproximadamente treinta y seis semanas (36), pueden presentarse embarazos con periodos más largos o incluso aún más cortos, generando partos de bebés prematuros. Al respecto indicó lo siguiente:

“Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el período de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros.

“En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 indica:

‘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.’

“Además, el Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2, señala:

‘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 (...)’.”

Por tal motivo, en sentencias como la T-1243 de dos (2) de diciembre de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-906 de tres (3) de noviembre de 2006 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-053 y T-122 de primero (1º) y veintidós (22) de febrero de 2007 respectivamente, ambas con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, se señaló que frente a cada caso en particular, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias particular a fin de verificar si se ha cumplido o no con la obligación de cotizar durante el período de gestación.

De otra parte, la sentencia T-139 de marzo 4 de 1999 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) consideró que la disposición contenida en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 surge como una cláusula que imposibilita la efectiva materialización del derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica de la licencia de maternidad. Ante esta situación, y advirtiéndose que de aplicarse dicha norma se desconocerían derechos de carácter constitucional que igualmente se encuentran contenidos en tratados internacionales, su inaplicación se plantea como necesaria. Debe recordarse que la misma inaplicación normativa ha operado respecto del artículo 3 del Decreto 047 de 2000. 15

Sobre este punto, la misma Corte ha dicho lo siguiente:

“... la negativa de la entidad demandada en reconocer y pagar esta prestación, se fundaba en un argumento formal que pretendía hacerse prevalecer sobre el derecho sustancial al

descanso remunerado en la época del parto. Para la Corte, además existía duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002; duda que no podía ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas¹⁶. En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el período de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo. Por esta razón, en el caso que fue objeto de revisión, la Corte, aplicó las normas constitucionales que constituyen el plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para sus hijos menores de un año.”¹⁷

6. Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional de la licencia de maternidad según las semanas cotizadas durante el período de gestación.

Como se señaló en el acápite anterior, la Corte ha encontrado viable, según el caso específico, que la acción de tutela se utilice como mecanismo para ordenar el reconocimiento de la prestación económica de licencia de maternidad.

Ante esta circunstancia se advierte ahora, que la Corte Constitucional ha evolucionado en sus decisiones judiciales al tomar una posición más proteccionista, aunque sin dejar de lado, que la acción de tutela sólo será viable en estos casos cuando se encuentre probada la vulneración efectiva de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital de quienes reclaman tal protección.

Dicha evolución jurisprudencial por parte de esta corporación comienza con una posición muy definida, en el sentido de que quien reclama el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, debió haber cotizado de manera completa durante todo el período de gestación. De no cumplirse con tal requisito, la tutela era por regla general inviable, salvo cuando, como ya se anotó anteriormente, se hubiere demostrado que de no hacerse tal reconocimiento se vulneraba el derecho al mínimo vital de quien reclama dicha prestación.

Sin embargo, esta posición, se fue volviendo un poco tolerante, cuando se aceptó, que se podrían llegar a presentar periodos muy cortos durante la gestación, en los cuales no se hiciera cotización alguna al SGSSS, lapso de tiempo que no podían tenerse como

justificaciones válidas para no proteger por vía de tutela los derechos fundamentales al mínimo vital, tanto de la madre como del nasciturus. En estos casos se aceptó en consecuencia, el pago de tal licencia de maternidad por orden impartida por vía de acción de tutela.

No obstante, esta posición proteccionista llevó a que cada vez los tiempos dejados de cotizar durante el periodo de gestación fueran más amplios, y los casos bajo estas circunstancias fueron presentándose de manera cada vez más recurrente.¹⁸ Así, se presentaron casos en los se pasó de periodos sin cotizar de tan sólo 11 días o 21 días¹⁹, a proteger a madres reclamantes a quienes les faltaba por cotizar casi 3,6 meses, como ocurrió en la sentencia T-1205 de 2005²⁰, caso en el cual la protección constitucional se ordenó y la prestación de licencia de maternidad se pagó.

De esta manera se puede considerar entonces que:

Enfrentados ante una posición cada vez más relajada respecto al cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para obtener el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, la Corte, en sentencia T-1243 de diciembre 2 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda) planteó una variante en la línea jurisprudencial que se venía dando sobre el tema al aplicar un criterio de proporcionalidad, que plantearía un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de un derecho prestacional, que protegería a su vez derechos fundamentales de orden constitucional, respecto al deber y la responsabilidad de efectuar un pago oportuno y completo de los aportes al SGSSS, lo que aseguraría un equilibrio económico del SGSSS en esta materia.

En efecto, como lo había advertido la Corte Constitucional en numerosas sentencias, la aplicación normativa que contenía los requisitos a cumplir para obtener el reconocimiento de una licencia de maternidad no podía aplicarse de manera mecánica a todos los casos, desconociendo circunstancias muy particulares que los hacían inaplicables; “sin embargo, si esta circunstancia se llega a presentar de manera más repetitiva y en una mayor escala, podría tornarse en desequilibrante y afectar el SGSSS, poniendo en peligro de esta manera el futuro reconocimiento de esta misma prestación social a futuras madres en igualdad de circunstancias”.²²

Ante esta difícil situación, se advirtió que si bien en algunos caso las afiliadas no lograban

cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar el pago de la licencia de maternidad, no podía entrar a garantizarse su derecho prestación a la licencia de maternidad, sin que se diera una proporcionalidad en el pago de la misma, calculada según el número de semanas efectivamente cotizadas.

“6. 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 tutela²³.

“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 cotizaciones²⁴.

“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.

“7. Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada, en el caso de la señora Aracelys Olave Charris se debe revisar si se presenta una vulneración del derecho al mínimo vital de ella y de su hija Jazmín Carolina, por el no pago de la licencia de maternidad.

“7.1. La Corte Constitucional ha señalado que 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 mínimo²⁵ o cuando el salario es su única fuente de ingreso²⁶, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor²⁷.

“7.2. En el caso que se revisa se tiene que la señora Aracelys Olave Charris devenga mensualmente un salario mínimo y nadie ha alegado que además de su salario tenga otra fuente de ingreso. La accionante señala que es madre cabeza de familia y está probado en el

expediente que es madre de la menor Jazmín Carolina Morales Olave, quien a la fecha tiene casi 17 meses de nacida. Se comprueba adicionalmente que para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (junio 3 de 2005) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija (julio 1 de 2004).

“Dados estos hechos, se concluye que el no pago de la licencia de maternidad vulnera el mínimo vital de la señora Aracelys Olave Charris y de su hija Jazmín Carolina.

“En estas condiciones, sería desproporcionado concluir que la accionante ha perdido su derecho, por no haber cotizado durante 17 días – tiempo en el que estuvo sin empleo- si se tiene en cuenta, por una parte, que la señora Aracelys ha estado afiliada a la EPS demandada desde septiembre de 2003, y que, salvo el mencionado lapso de 17 días, ha pagado de manera continua las cotizaciones correspondientes.

“De otro lado, se debe anotar que en el caso que se revisa, resultaba desproporcionado exigirle a la accionante que durante los 17 días que estuvo sin empleo, se afiliara al sistema de seguridad social como trabajadora independiente, y pagara la cotización correspondiente²⁸.

“Finalmente, se debe tener en consideración, que dadas las circunstancias antes analizadas (v.gr. afiliación al régimen contributivo de salud durante más de un año y medio, existencia de un período inferior a un mes sin cotizar y salario mensual correspondiente a un salario mínimo), no se aprecia que el pago de la licencia de maternidad de la accionante genere un desequilibrio al sistema de seguridad social en salud en su conjunto.

“Por tal razón, y teniendo en cuenta la afectación del mínimo vital de la accionante y de su hija a la que ya se hizo mención, se ordenará a Famisanar EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Aracelys Olave Charris la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Jazmín Carolina, de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo, es decir, se ordenará a Famisanar EPS que le pague a la accionante el 93.7% de la mencionada licencia de maternidad²⁹.

Así, la Corte introdujo una posición diversa a su posición inicial. Esta nueva argumentación jurídica fue reiterada poco después en la sentencia T-598 de julio 27 de 2006 (M. P. Álvaro

Tafur Galvis), que en el caso objeto de estudio, ordenó el reconocimiento de la licencia de maternidad de manera proporcional, pues tuvo en cuenta que la accionante solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual posición se asumió en la sentencia T-034 de enero 26 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) al reconocer el 85.1% de la licencia de maternidad pues se comprobó que la accionante solo había cotizado 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial fue objeto de un nuevo cambio de posición en sentencia T-206 de marzo 16 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), quien tuvo a bien tener como válida una observación hecha por el magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, quien en sentencia T-053 del primero (1º) de febrero de 2007 ordenó el pago de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), a una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, teniendo en consideración para tal caso, 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”³⁰.

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 máximo 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%).³¹

De esta manera, y atendiendo los anteriores criterios cuya razonabilidad justifica su aplicación, esta Sala de Revisión aplicará al caso aquí revisado dicha posición jurídica.

7. Caso concreto

La señora Miriam Josefa Rincones Mercado se afilió a la E.P.S. COOMEVA desde el primero

(1°) de junio de 2006, y el pasado 16 de enero del presente año dio a luz. Por tal motivo reclamó de su E.P.S. el pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, la E.P.S. accionada negó tal petición, señalando que si bien la afiliación al SGSSS se había hecho desde el primero (1°) de junio de 2006, al confrontarse las semanas cotizadas frente a las semanas de gestación, las primeras eran menos que las segundas, ya que según se señala en el dictamen médico contenido en la epicrisis, el período de gestación fue de treinta y cinco (35) semanas.

En esta oportunidad, se advierte que la accionante afirma que su hijo nació en forma prematura, pues su parto estaba programado para un mes después de la fecha en la cual ocurrió. Con todo, si se hace el cálculo de las semanas cotizadas entre el primero (1°) de junio de 2006 y la fecha del parto, (enero 16 de 2007) se puede establecer que éstas correspondieron aproximadamente a treinta (30) semanas, lo que significa que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses respecto al tiempo que duró su período de gestación, con lo cual tiene derecho a la reconocimiento pleno de su licencia de maternidad, según las pautas jurisprudenciales que se siguen en el presente fallo.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 16 de marzo de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Miriam Josefa Rincones Mercado la totalidad de la licencia de maternidad.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de marzo de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito del Distrito Judicial de Santa Marta, que a su turno confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de la misma ciudad el 12 de febrero de 2007, que negó la tutela promovida por la señora Miriam Josefa Rincones Mercado en contra COOMEVA E.P.S. En su lugar, CONCEDER, la tutela por violación de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a los derechos fundamentales de los niños.

Segundo: ORDENAR a COOMEVA E.P.S., que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Miriam Josefa Rincones Mercado, la totalidad de la licencia de maternidad.

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

Cuarto: Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-470 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

2 Sentencia T-1013 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño)

3 Sentencia T-1013 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 En dicha providencia, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte declaró la constitucionalidad de las normas demandadas condicionando su exequibilidad al

entendimiento de que el despido debía siempre estar autorizado por el Ministerio del Trabajo, quien debía verificar la existencia de la justa causa de terminación del vínculo laboral.

5 Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Corte Constitucional, Sentencias T-426 de 1992, T-125 de 1994 y T-458 de 1997, entre otras.

9 Corte Constitucional, Sentencias T-011 de 1998, SU-995 de 1999 y T-1006 de 1999, entre otras.

10 Corte Constitucional, Sentencias T-146 de 1999, T-1103 y SU 1354 de 2000, entre otras.

11 El derecho al reconocimiento y pago del descanso por maternidad o licencia de maternidad, se encuentra consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993, que establecen que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso.

12 Ver, entre otras, sentencias, la T-175, T-210, T-362, y T-496 de 1999, T-497 y T-664 de 2002.

13 Ver sentencias T-568 de 1996, T-270, T-567 y T-662 de 1997, T-104, T-139, T-210, T-365 y T-458 de 1999, T-258, T-467 y T-1168 de 2000, T-736 y T-1002 de 2001 y T-707 de 2002.

14 Sentencias T-458 de 1999, T-765, T-906, T-950, T-1472, y T-1600 de 2000, T-473, T-513, T-694, T-736, y T-1224 de 2001, T-211, T-707 y T-996 de 2002 y T-922 de 2004.

15 La Corte Constitucional en sentencias T-075, T-157 de 2001, T-161, T-473, T-572, T-736, y T-1224 de 2001 y T-702 de 2002, entre otras, con el fin de hacer efectiva la especial protección de la cual goza la mujer, no sólo durante el período de gestación, sino después del parto, de manera excepcional ha considerado que la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuando ante la ausencia del mismo se vulnera de manera directa el mínimo vital no sólo de la madre sino del recién nacido, dado el carácter

prevalente de sus derechos.

16 Sentencia T-304 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

18 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. 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).

19 Sentencia T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

20 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

21 Ver sentencia T-1168 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

22 Sentencia T-530 del doce (12) de julio de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy), 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).

24 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. 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).

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

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

27 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, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-605 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-1155 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1014 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

28 De acuerdo con el artículo 66 del Decreto 806 de 1998, la cotización en salud de los

trabajadores independientes no podrá ser inferior al 12% del equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

29 Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la accionante cotizó 253 días al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante los 270 días de la gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante la referida gestación, es proporcional que la accionante reciba el 93.7% de la licencia de maternidad.

30 Ibídem.

31 Reiterado en la sentencia T-530 de julio 12 de 2007 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.