

Sentencia T-878/04

LICENCIA DE MATERNIDAD-Ampliación del término al primer año de vida del niño para presentar la tutela pero en este caso expiró

Referencia: expediente T-919665

Acción de tutela instaurada por Erika Trujillo Tovar en contra de Saludcoop E.P.S. - Dirección Seccional Huila y la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe del municipio de Guadalupe (Huila).

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del quince (15) de marzo de dos mil cuatro (2004), proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Garzón (Huila), que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Erika Trujillo Tovar, en contra de Saludcoop E.P.S. - Dirección Seccional Huila y el Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, E.S.E. de Guadalupe (Huila). La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Seis (6), mediante auto del dos (2) de junio de dos mil cuatro (2004), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. Hechos relatados por la demandante.

Obrando por intermedio de apoderado, la ciudadana Erika Trujillo Tovar interpuso acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. - Dirección Seccional Huila y el Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, E.S.E. de Guadalupe (Huila), por considerar que éstas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad, el trabajo, la seguridad social, la igualdad, la maternidad, la protección del recién nacido y el mínimo vital, con base en los siguientes hechos:

1.1.1. “El día 19 de febrero de 2003, el médico Oscar Fajardo, vinculado a la IPS Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, atendió a la señora Trujillo Tovar y dado su estado de salud consecuencia del parto, suscribió la correspondiente incapacidad de maternidad a que tenía derecho conforme a la normatividad laboral vigente, desde el día 17 de febrero de 2003 hasta el día 13 de mayo de 2003”.

1.1.2. El 9 de enero de 2003, la señora Trujillo Tovar había presentado una petición ante la Dirección Seccional - Regional Huila de Saludcoop E.P.S. en su condición de afiliada cotizante, solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad.

1.1.3. “Sorpresivamente en oficio de 13 de enero de 2003, suscrito por el doctor Alejandro Carrera Sandoval Director Seccional de la sede Huila de la aludida entidad, dio respuesta a la solicitud mencionada con anterioridad, manifestando que ‘como se puede observar usted presentó interrupción en su cotización al sistema durante el período del 5 de julio de 2002 al 21 de agosto de 2002, lo cual no le acredita el derecho al reconocimiento de su prestación económica por licencia de maternidad’(...)”.

1.1.4. La señora Trujillo Tovar había trabajado en la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe hasta el 5 de julio de 2002, “fecha en que dicha entidad sorpresivamente y sin justificación alguna, interrumpió la cotización que por mandato legal debía realizar por concepto de la licencia de maternidad a que tiene derecho mi prohijada”. Por la desvinculación del cargo que ocupaba en tal E.S.E., la señora Trujillo Tovar “solicitó a Saludcoop en el mes de julio de 2002, la afiliación al Sistema de Seguridad Social como independiente en aras de continuar con su cotización, pero dicha solicitud fue negada por la E.P.S. argumentando que mi representada aun se encontraba afiliada como trabajadora

dependiente, es decir, el empleador aún no había informado sobre su retiro de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe. Por esta razón, el empleador no podía interrumpir abruptamente la cotización de mi mandante por concepto de la licencia de maternidad, hasta tanto no diera aviso a la E.P.S. en referencia sobre su desvinculación”.

1.1.5. Dado que por una causa imputable a la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe –el no haber informado oportunamente a la E.P.S. Saludcoop sobre la desvinculación laboral de la señora Trujillo Tovar- la peticionaria no pudo empezar a cotizar desde julio de 2002 como trabajadora independiente, sino desde agosto de 2002. Desde entonces no ha presentado ninguna interrupción en las cotizaciones, “lo que la acredita para que le sean otorgadas las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad”.

1.1.6. Desde su desvinculación laboral de la E.S.E. en cuestión, la señora Trujillo Tovar ha debido trabajar en forma independiente, lo cual ha afectado sustancialmente su situación económica, puesto que perdió la estabilidad salarial que le otorgaba su antiguo trabajo.

1.1.7. “Dada su condición de trabajadora independiente, la accionante debe laborar de manera ininterrumpida para conseguir el dinero que subvencione los gastos, por cierto altos, que demanda un recién nacido y los suyos propios, dado el estado delicado de salud que implica la etapa post-parto. // De igual forma, la madre necesita descanso y tranquilidad para poder reponerse del parto y prodigarle atención total al neonato que depende totalmente de ella. Dicho descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura; y en la situación de la señora Trujillo Tovar el salario que percibiría durante el tiempo de reposo, lo constituiría el valor que por concepto de la licencia de maternidad se le entregue...”.

1.1.8. Por lo anterior, se formula en la demanda la siguiente petición: “que se tomen todas las medidas tendientes a evitar el menoscabo de los derechos fundamentales que solicito en protección y en consecuencia ordene a la Empresa Promotora de Salud SALUDCOOP con sede en Garzón y a la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, según el grado de responsabilidad que se le endilgue, o a quien competa el reconocimiento y cancelación de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad”.

1. Pruebas aportadas por la demandante

A la demanda de tutela de la referencia se adjuntaron las siguientes pruebas documentales:

1.2.1. Copia de la orden de incapacidad por licencia de maternidad No. 043637 del 17 de febrero de 2003, expedida por la IPS Hospital San Vicente de Paúl de Garzón por el término de ochenta y cuatro (84) días. Este documento aparece suscrito por el Médico Oscar Fajardo.

1.2.2. Copias de los formularios de cotización al sistema de seguridad social por medio de la EPS Saludcoop correspondientes a los meses de agosto de 2002 a julio de 2003, donde consta que la peticionaria estuvo vinculada en forma ininterrumpida durante el término de su embarazo.

1.2.3. Copia del poder conferido por la señora Erika Trujillo Tovar al abogado Alberto Yepes Barreiro, para representarla en el proceso de tutela de la referencia.

1. Contestación de las entidades demandadas

1.3.1. Al momento de notificar a las entidades demandadas sobre la acción de tutela de la referencia, el Juez de primera instancia les remitió el siguiente cuestionario para que lo respondieran junto con la contestación correspondiente:

“... el Juzgado ordena:

A) A la E.P.S. Saludcoop informar lo siguiente:

- Las razones legales que tuvieron para negarle a la señora Erika Trujillo Tovar el pago de la licencia de maternidad, adjuntando para ello fotocopia del escrito contentivo de la misma.
- De acuerdo con la base de datos que tienen, informar en qué fecha el empleador E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe reporta el retiro de la señora Erika Trujillo Tovar de esta empresa.
- Desde qué fecha la señora Erika Trujillo Tovar está realizando el pago de aportes como

trabajadora independiente dentro del sistema de seguridad social integral.

- Qué gestiones realizaron ante la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe para que pagaran los aportes de la afiliada Erika Trujillo Tovar por el período comprendido entre el 5 de junio del 2002 al 21 de agosto del 2002.

B) A la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe del Municipio de Guadalupe (H), informar lo siguiente:

- Fecha en que fue desvinculada de esa entidad la accionante Erika Tovar Trujillo (sic).

- Fecha en que realizaron el último pago a la E.P.S. Saludcoop por concepto de los aportes de la señora Erika Tovar Trujillo (sic).

- Fecha en que comunican a la E.P.S. Saludcoop el retiro de la señora Erika Tovar Trujillo (sic) de esa entidad.”

1.3.2. Mediante escrito recibido el día 5 de marzo de 2004 en el juzgado de primera instancia, el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora de Guadalupe dio contestación a la acción de tutela de la referencia y al cuestionario formulado por el juez de primera instancia. En primer lugar, los interrogantes planteados por el juzgado fueron resueltos así:

“1. La ex funcionaria Erika Trujillo Tovar, fue desvinculada el 4 de julio de 2002, a declararse insubsistente su nombramiento en provisionalidad. Fue notificada de la providencia el día 5 de julio de 2002.

2. El último pago a la EPS Saludcoop por concepto de los aportes de la señora Erika Trujillo Tovar, se realizó el 09 de agosto de 2002.

3. Con la autoliquidación presentada el 9 de agosto de 2002, en la columna de novedades se reporta el retiro de la funcionaria y los cinco días cotizados a la EPS. Cabe precisar que en el sistema general de seguridad social en salud -SGSSS-, no está contemplado un formulario especial de desafiliación y es únicamente en el de autoliquidación donde se reporta la novedad del retiro. El plazo para presentar la autoliquidación, es el día diez (10) de cada mes, mes vencido; en consecuencia, al momento de reportar la novedad, estábamos dentro

de los plazos establecidos por la ley para la presentación de la autoliquidación y el pago de la misma. Igualmente consultamos a la EPS Saludcoop y la exfuncionaria se afilió como cotizante independiente a partir del 21 de agosto de 2002, lo cual significa que estuvo sin realizar aportes al SIGSSS aproximadamente 37 días. La norma que reglamenta los retiros de la E.P.S., es el Art. 10 del Decreto Reglamentario 1703 de 2002, modificado por el Decreto Reglamentario 2400 del mismo año, en cuyo Art. 2 señala en lo pertinente: 'Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos: (...) b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al régimen contributivo como independiente; la novedad del retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado'. La obligación aquí prevista, se destaca, por cuanto recae en el empleador, el Hospital que represento. Conforme al formulario de autoliquidación, la E.S.E. cumplió cabalmente esta obligación legal (se anexa copia del formulario)¹. Por su parte, el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, en su art. 11 respecto del procedimiento para la desafiliación, dispone: 'Para efectos de la desafiliación, la entidad promotora de salud EPS, deberá enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un (1) mes, una comunicación por correo certificado en la cual se precisen las razones que motivan la decisión, indicándole la fecha a partir de la cual se hará efectiva la medida. En caso de mora, copia de la comunicación deberá enviarse al empleador o a la entidad pagadora de pensiones'. Esta obligación legal recae exclusivamente en la EPS. La entidad promotora tendrá a su cargo, la prueba de su cumplimiento."

En segundo lugar, el representante de la E.S.E. demandada invoca los siguientes argumentos para sustentar su petición de que la acción de tutela de la referencia sea declarada improcedente:

1.3.2.1. No existe afectación del mínimo vital de la peticionaria, por las siguientes razones: "en cuanto a la pretendida afectación del mínimo vital de la madre y el recién nacido, me permito manifestarle al señor Juez, que conforme a certificación del 6 de agosto de 2002, expedida por el Alcalde Municipal de Guadalupe, se demuestra contundentemente que tan pronto como fue retirada del servicio de la E.S.E. a mi cargo (4 de julio de 2002), suscribió la 'Orden de Trabajo No. 075, durante un mes a partir del 06 de julio al 06 de agosto', cuya copia se anexa, junto con certificado de disponibilidad presupuestal, la propia orden y la

cuenta de cobro. Precisamente el ingreso que percibía, le otorgaba la capacidad de pago que demanda el régimen contributivo en salud, para aportar al SGSSS. Después de esta orden de trabajo, la tutelante continuó prestando sus servicios al mismo municipio de Guadalupe, conforme podrá certificarlo este ente territorial, para cuyo efecto, habrá de oficiarse. No es cierto, ni lo ha sido, que la accionante y su entonces hijo por nacer, careciesen de capacidad de pago para aportar al sistema, ni que estuviesen (sic) desamparados o desprotegidos en lo que respecta al SGSSS2”.

1.3.2.2. No existe fundamento jurídico para interponer la acción de tutela contra la E.S.E. demandada, puesto que ésta ha cumplido con sus obligaciones en relación con la afiliación de la peticionaria al sistema de seguridad social. En ese sentido, afirma que “parece temerario el ejercicio de la tutela en su contra”, por dos razones: (1) “en primer término, si la exfuncionaria fue legalmente enterada de la insubsistencia, tal como se demuestra con el acta de notificación que aquí se acompaña, debió acudir a la EPS acompañando copia del acto administrativo que la había separado del cargo y de la prueba de su estado de embarazo, o adoptar cualquier otra actitud protectora, para que esta entidad garantizara la continuidad en la atención en salud que demandan los arts. 3, numeral 2 del decreto 047 de 2000, 62 y 64 del decreto 806 de 1998, referentes a licencias por maternidad, excepciones a los períodos mínimos de cotización y a pérdida de la antigüedad en el SGSSS, respectivamente, que en síntesis determinan lo siguiente: (i) que para acceder a la licencia por maternidad, se requiere haber cotizado ininterrumpidamente todo el período de gestación³; (ii) que el tratamiento integral del embarazo no está sujeto a los períodos mínimos de cotización, y que por ende, la accionante contaba con la protección suya y de su hijo por nacer⁴; y (iii) que la antigüedad al SGSSS No había perdido, por cuanto la afiliación de la tutelante no se había suspendido por 6 meses o más⁵”; y (2) “como consecuencia de lo anterior, resulta por demás claro que la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, no interrumpió la cotización a la EPS sin justificación alguna; cumplió sus obligaciones legales para con la funcionaria, mientras ostentó tal calidad; y, en tal virtud, no está llamada legalmente a responder por la prestación económica que reclama la señora Erika Trujillo Tovar, cuya carencia, bien puede atribuirse a ella misma, por no haber cotizado durante todo su estado de gestación, o a la EPS por haber incurrido en alguna omisión que denote eventualmente una desatención de su afiliada. Pero la accionante no tenía por qué haber dirigido la tutela en contra de la E.S.E., lo cual pudiera resultar temerario”.

1.3.2.3. La accionante ha ocultado la verdad material para inducir a error al juez de tutela, “en cuanto no informa la realidad material de la fecha en que puso en conocimiento de su entonces empleador el estado de embarazo, sino que se dedica a culpar a la E.S.E. de no haber recibido la licencia de maternidad, buscando estructurar una verdad procesal que sólo la favorezca a ella. Tanto la propia accionante como su apoderado, conocen a ciencia cierta la fecha en que el hospital fue enterado del estado de embarazo, pero guardan silencio, reitero, pretendido distorcionar (sic) la verdad fáctica. // La E.S.E. no conoció del estado de embarazo en que se encontraba la accionante, antes de tomar la decisión de declarar insubsistente su nombramiento. La insubsistencia se produjo el 4 de julio; su notificación, el 5 de julio (al día siguiente); y el informe del embarazo, que rindiera Erika Trujillo Tovar, fue recibido por la E.S.E., el 17 de julio del mismo año. // Resulta apenas obvio que si la E.S.E. no conoció el estado de embarazo de la actora, mal pudo propender por su bienestar.”

1.3.2.4. El representante del Hospital Nuestra Señora de Guadalupe - E.S.E. adjuntó a su escrito de contestación las siguientes pruebas:

(a) Copia del formulario de autoliquidación de aportes a Saludcoop correspondiente al mes de julio de 2002 a favor, entre otras, de Erika Trujillo Tovar, con constancia de recibido fechada el 9 de agosto de 2002.

(b) Copia de la Orden No. 075 de la Alcaldía del Municipio de Guadalupe, con fecha julio 3 de 2002, en la cual se vincula a Erika Trujillo Tovar para prestar sus servicios de apoyo al desarrollo del proyecto “Hacia una Alimentación Sana” por medio de capacitación a agentes educativos comunitarios, y por valor de tres millones de pesos (\$3'000.000).

(c) Certificación expedida por la Alcaldía del Municipio de Guadalupe con fecha 3 de julio de 2002, donde consta que “dentro del presupuesto de gastos para la actual vigencia fiscal existe disponible en el código 0305-57-01 denominado ‘Promoción de la Salud’ la suma de tres millones de pesos (\$3'000.000) para cubrir el pago de una cuenta a la señora Erika Trujillo Tovar”.

(d) Certificación expedida por el Alcalde Municipal de Guadalupe el día 6 de agosto de 2002, donde consta “que la señora Erika Trujillo Tovar (...) cumplió a satisfacción con el objeto de la Orden de Trabajo No. 075, durante un mes a partir del 06 de julio al 06 de agosto”.

(e) Constancia expedida por la Tesorería del Municipio de Guadalupe con fecha 3 de agosto de 2002, donde se lee que se pagó a Erika Trujillo Tovar la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1'500.000).

(f) Acta de Notificación Personal elaborada en el formato del Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, donde consta que “a la gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, a los cinco (5) días del mes de julio de 2002 compareció la señora Erika Trujillo Tovar (...), con el fin de recibir notificación personal del contenido de la resolución por medio de la cual se le declara insubsistente el nombramiento de Enfermera de la Empresa, a quien se le entrega un ejemplar del acto administrativo”. Esta acta aparece firmada por la peticionaria.

(g) Copia de la comunicación dirigida el día dieciséis (16) de julio de 2002 por Erika Trujillo Tovar al Gerente de la E.S.E. - Hospital Municipal Nuestra Señora de Guadalupe, en los términos siguientes: “Cordial Saludo. Como es de su conocimiento mi estado de embarazo actual, me permito anexar copia de los soportes que lo verifican”. Esta nota tiene una constancia de recibo con fecha 17 de julio de 2002. La peticionaria adjuntó una certificación médica con fecha 8 de julio de 2002 sobre su embarazo de 8 semanas.

1.3.3. Por su parte, SaludCoop EPS aportó dos escritos al expediente de tutela: uno suscrito por el Director Seccional de Garzón, en el cual da respuesta a los interrogantes planteados por el juez de primera instancia, y otro suscrito por el Gerente Regional de Saludcoop EPS en el Huila, en el cual da contestación a la acción de tutela.

1.3.3.1. En el escrito en el que el Director Seccional de Saludcoop - Garzón responde a los interrogantes del juez de primera instancia, se lee lo siguiente:

“1. Las razones legales que nuestra EPS tiene para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad a la señora Erika Trujillo Tovar están fundamentadas en el decreto 047 de enero 19 de 2000, el cual en su artículo 3º habla de los períodos mínimos de cotización para el acceso a las prestaciones económicas y específicamente en su numeral 2 determina que 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.

Si analizamos las fechas de inscripción la señora Erika Trujillo Tovar ingresó como cotizante de nuestra EPS Por primera vez el 06 de enero de 2000 por la empresa Alcaldía Municipal de Guadalupe (sic) con fecha de retiro el 14 de agosto de 2001; en esta misma fecha realiza cambio de empleador Hospital Nuestra Señora de Guadalupe con retiro a 05 de julio de 2002 con pago efectuado por la empresa mediante autoliquidación el 09 de agosto de 2002. Reingresa como cotizante independiente el 21 de agosto de 2002 con fecha de retiro el 30 de septiembre de 2003.

Como se puede observar se presentó interrupción en la cotización en el período comprendido entre el 05 de julio de 2002 al 21 de agosto de 2002 lo cual con base en la norma anteriormente expuesta genera el no derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, debido a que se presentó interrupción en su cotización.

2. La empresa ESE Hospital Nuestra Señora de Guadalupe reporta el retiro de la señora Erika Trujillo Tovar el 09 de agosto de 2002, cancelando cinco (5) días del mes de julio de 2002 mediante autoliquidación.

3. La señora Erika Trujillo Tovar realiza el pago de aportes como trabajadora independiente desde el 21 de agosto de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2003.

4. Nuestra EPS no está obligada ha (sic) efectuar alguna gestión de pago frente a un cotizante que ha sido retirado legalmente mediante autoliquidación ya que es autonomía propia del patrono retirar a sus trabajadores del sistema de seguridad social cuando ya no exista vínculo laboral alguno, es procedimiento legal y aceptado la autoliquidación de aportes en donde se aporte la respectiva novedad del retiro tal como lo efectuó la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe el día 09 de agosto de 2002.”

1.3.3.2. En el escrito en que el Gerente Regional de Saludcoop EPS en Huila da contestación a la acción de tutela, se expresa:

“1. La señora Erika Trujillo Tovar (...) se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud a través de Saludcoop EPS desde el 6 de enero del 2000, en calidad de cotizante.

2. El hecho de estar embarazada al momento de la afiliación, no es impedimento alguno para que reciba la atención médica que requiere el parto, pero sí lo es para hacerse acreedora de la licencia de maternidad, pues de conformidad con el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 para acceder al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad es requisito sine quano (sic) haber cotizado como mínimo un tiempo igual al período de gestación.

4. Lo anterior no significa que la accionante quede desamparada, sino que la obligación del pago de la licencia de maternidad no corresponde a Saludcoop EPS sino al empleador en virtud del artículo 3 del Decreto 047 de 2000”.

Adicionalmente, se expresa que la acción de tutela no procede para reclamar el pago de sumas de dinero, y que tampoco es procedente cuando la conducta aludidamente lesiva de los derechos fundamentales es legítimamente desarrollada por un particular.

1.3.4. Por último, el día 9 de marzo de 2004, el Gerente de la E.S.E. - Hospital Municipal Nuestra Señora de Guadalupe aportó al proceso de tutela un escrito en el cual solicitaba al juez de primera instancia “tener en cuenta que la orden de trabajo celebrada entre el Municipio de Guadalupe y la accionante, fue expedida y suscrita el 3 de julio de 2002, lo cual demuestra fehacientemente que la misma se celebró aún teniendo la calidad de funcionaria pública la enfermera Erika Trujillo Tovar. // Es bien sabido que en nuestro ordenamiento jurídico, le está vedado a los funcionarios públicos celebrar contratos (orden de trabajo) con el propio Estado, teniendo tal calidad. Ello constituiría una violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal. En cuanto tiene que ver con el mínimo vital que según la accionante se le vulneró, por la pérdida de la capacidad de pago de los aportes a la seguridad social, vale la pena resaltar que su salario en la E.S.E. Hospital Municipal Nuestra Señora de Guadalupe, ascendía a la suma de un millón doscientos ochenta y seis mil novecientos treinta y un pesos (\$1.286.931), cifra inferior a la mensualidad percibida en su orden de trabajo, suscrita por el Municipio de Guadalupe con la accionante la cual ascendía a un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) mensuales, por dos meses como orden inicial.”

2. Decisión del juez de primera instancia.

Mediante fallo del día quince (15) de marzo de dos mil cuatro (2004), el juzgado de primera

instancia resolvió denegar la tutela de la referencia, con base en las consideraciones señaladas a continuación.

2.1. En primer lugar, recuerda el juez que la acción de tutela procede contra particulares cuando éstos están encargados de prestar un servicio público esencial, como sucede con las entidades demandadas.

2.2. En segundo lugar, se remite a la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la especial protección constitucional de la mujer trabajadora en estado de embarazo y sobre la procedencia de la tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Cita, a este respecto, las sentencias T-1101 de 2001 y T-210 de 1999.

2.3. Acto seguido, razona el juzgado así: “Bajo los parámetros de los anteriores precedentes jurisprudenciales, que en afortunada interpretación de la normatividad que regula lo concerniente al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (sic) y que lo ubica como un derecho fundamental cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño, procederemos delantadamente (sic) a establecer si la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe del municipio de Guadalupe (H) está obligada o no obligada a pagar a la accionante Erika Trujillo Tovar dicha prestación, ello en virtud a que si como empleador cumplió con el deber de girar oportunamente los aportes y cotización de esta persona a la correspondiente entidad promotora de salud e informó también oportunamente a la misma sobre el retiro de la señora Trujillo Tovar de dicha entidad” (sic).

2.4. En este orden de ideas, “y situando a la E.S.E. como pequeño aportante”, cita el Juzgado el artículo 24 del Decreto Reglamentario No. 1406 de 1999, para concluir que “la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe sí pagó y reportó la novedad laboral oportunamente a la entidad promotora de salud, pues si observamos que el último dígito del NIT es cinco (5) el plazo para dicho fin se vencía precisamente el 9 de agosto del 2002 de acuerdo con el calendario de esta anualidad, motivo por el cual y sin hesitación alguna determinamos que la E.S.E. demandada no está obligada al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que alude la señora Erika Trujillo Tovar, dado que, reiteramos, cumplió el deber legal que como empleador le impone la norma en cita y dentro de los precisos términos allí previstos”.

2.5. No se encuentra demostrada la temeridad que alega la E.S.E. en cuestión; tampoco es

relevante el argumento de dicha E.S.E. sobre ocultamiento de la verdad material por la peticionaria, puesto que este tema no se encuentra planteado en la demanda. Tampoco encuentra el juzgado de primera instancia violación del artículo 128 de la Constitución por la fecha en la cual se suscribió la orden de trabajo No. 075, según alega el representante del Hospital referido.

2.6. “Finalmente -argumenta el juez-, la actitud asumida por Saludcoop E.P.S. de negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante Erika Trujillo Tovar está plenamente respaldada en lo previsto en el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 047 de 2000 que expresa: ‘Licencia 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 (...)’. Circunstancia que no se cumplió en el sub-examine pues está probado en el expediente y así lo acepta la demandante que durante el período de gestación se interrumpió el pago de la cotización desde el 5 de julio del 2002 al 21 de agosto del 2002, período durante el cual pudo la tutelante, una vez desvinculada de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, acudir a la E.P.S Saludcoop e informarle sobre la pérdida de su calidad de trabajadora dependiente y su decisión de continuar afiliada al régimen contributivo como independiente (...)”.

3. Impugnación del fallo de primera instancia

La decisión de primera instancia fue impugnada por el apoderado de la demandante, quien argumentó que la peticionaria había solicitado en julio la afiliación como trabajadora independiente, y se le respondió que aún aparecía registrada como trabajadora de la E.S.E. en cuestión - puesto que ésta únicamente reportó la novedad hasta agosto siguiente. Por ello, la interrupción de su cotización no fue voluntaria, sino que la misma EPS coartó su posibilidad de continuar cotizando en forma ininterrumpida. Además, alega que la EPS se negó a recibir la oferta de la peticionaria en el sentido de pagar los días adeudados por negligencia del empleador, argumentando que “en el caso de los trabajadores independientes, el pago de la cotización se llevaba a cabo mes por anticipado. (...) En este estado de cosas, la obligación de cancelar la licencia de maternidad recae no sólo en la E.S.E. Hospital Nuestra Señora del Rosario (sic) por haber cotizado tan sólo una parte el mes de

julio de 2002; sino también en Saludcoop E.P.S., como quiera que se rehusó a aceptar de manera oportuna la afiliación de mi mandante como trabajadora independiente y porque además, impidió que mi prohijada cancelara el tiempo dejado de cotizar por culpa del empleador”.

4. Decisión del juez de segunda instancia

Mediante sentencia del día treinta (30) de abril de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Garzón resolvió confirmar la decisión impugnada, haciendo énfasis en que no lo hacía por los motivos que tuvo en cuenta el fallo recurrido, sino por las siguientes razones:

4.1. Es clara la protección especial que otorgan la Constitución y la ley a la maternidad, y también es innegable que según la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad se puede reclamar excepcionalmente por vía de tutela. “Sin embargo la misma Corporación ha sido consistente en afirmar que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (12 semanas, de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo).” Enuncia el juez de segunda instancia, a este respecto, las siguientes reglas:

“a.- Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b.- Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4 del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991.

c.- Finalmente, de acuerdo con la posición reiterada por la Corte, en aquellos eventos en que el empleador canceló los aportes extemporáneamente y la entidad promotora de salud no se opuso a ello, se presenta un allanamiento a la mora y, por lo tanto, tal entidad no puede negarse a pagar la licencia de maternidad con el argumento de la tardía cotización durante el

término de la gestación”.

4.2. En cuanto al caso concreto de la peticionaria, se ha demostrado que la licencia de maternidad que le fue concedida se inició el 17 de febrero de 2003 por un término de 84 días, es decir, terminó el día 13 de mayo de 2003. La acción de tutela fue interpuesta el día 27 de febrero de 2004 - 8 meses y 14 días después de que expiró la licencia. “Lo anterior significa que la protección solicitada no era procedente por vía de tutela, toda vez que al momento de interponerse la acción estaba más que concluido el término de la incapacidad por maternidad, existiendo por ello un hecho superado, que desde luego no impide que el pago de esa prestación económica si así lo considera la accionante se exija ante la jurisdicción laboral ordinaria, que es la instancia competente para conocer y solucionar el conflicto planteado.” Cita en este punto las sentencias T-075/01, T-1224/01 y T-996/02.

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

La demanda de tutela bajo estudio plantea problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de la licencia de maternidad que solicitó la peticionaria a la Dirección Seccional del Huila de Saludcoop E.P.S., y con el cumplimiento de las obligaciones patronales en materia de seguridad social por parte de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe. Sin embargo, antes de pronunciarse sobre estos temas, es indispensable que la Corte se refiera a la procedencia de la acción de tutela de la referencia, reiterando la copiosa jurisprudencia existente sobre este tema.

3. La procedencia de la acción de tutela en casos relacionados con el reconocimiento y pago de licencias de maternidad.

En anteriores oportunidades, esta Corporación ha señalado las reglas con base en las cuales se ha de determinar la procedencia de la acción de tutela en casos relacionados con el

reconocimiento y pago de licencias de maternidad, así:

a. La licencia de maternidad, concebida como un auxilio para la mujer embarazada que necesita contar con el tiempo y los medios necesarios para el cuidado personal y el de su hijo⁶, sólo puede ser reclamada excepcionalmente por vía de la acción de tutela⁷, “cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”⁸. Así, en la sentencia T-1224 de 20019, la Corte explicó que “es claro que la procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de la prestación económica derivada del reconocimiento de la licencia de maternidad, está condicionada a la situación especial de la afectación del mínimo vital de la mujer gestante y su hijo”; y en la sentencia T-694 de 2001¹⁰ se precisó que “el derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido”¹¹.

b. La jurisprudencia de la Corte inicialmente sostuvo que la tutela no es procedente en estos casos cuando la acción se interpone después de que ha vencido el término legal de duración, es decir, doce semanas. Según precisó la Corte en la sentencia T-996 de 2002¹², son dos las razones por las cuales la tutela se torna improcedente en estas hipótesis: (a) “si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa¹³”; y (b) “si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991¹⁴”.

La anterior doctrina constitucional fue, no obstante, modificada mediante la sentencia T-999 de 2003¹⁵, cuyos apartes pertinentes son los siguientes:

“A juicio de esta Sala, se justificó mantener el anterior criterio por cuanto se consideraba que el reclamo del pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, exigía un término razonable en aquellos casos en los cuales ésta se negaba por parte de la E.P.S. respectiva. Dentro del término de los 84 días de la licencia, dijo la Corte, el derecho a la licencia de maternidad, adquiere el carácter de derecho fundamental susceptible de protección constitucional, por cuanto se presume que la madre necesita el pago de lo que constituiría su

salario, para poder atender las contingencias del parto y los cuidados del menor recién nacido.

Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido.”

Dicha doctrina fue reiterada en la sentencia T-665 de 200416, en los siguientes términos:

“A partir de la sentencia T-999 de 200317, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, se planteó un cambio de jurisprudencia en cuanto a la oportunidad de presentación de la acción de tutela cuando se trata del reclamo de la licencia de maternidad por esta vía. Consideró la Corte que la tesis mantenida previamente, que establecía la garantía de la vigencia de la licencia de maternidad (84 días) como plazo oportuno para interponer la acción de tutela, se convirtió con el tiempo en un formalismo utilizado por las empresas promotoras de salud que hacía nugatoria la protección efectiva de las garantías con las cuales debe contar la mujer durante el embarazo y después del parto, así como el recién nacido. Sobre ese presupuesto, la Corte amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño¹⁸.”

Por lo tanto, es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando están dadas las condiciones anteriormente señaladas y la demanda se interpone dentro del primer año de vida del recién nacido.

4. El caso concreto

Tal y como precisó el juez de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, la licencia de maternidad concedida a la peticionaria se inició el 17 de febrero de 2003, fecha de nacimiento de la hija de la peticionaria, y duró un término de 84 días, por lo cual expiró el día 13 de mayo de 2003. La menor cumplió un año de edad el día 17 de febrero de 2004.

La peticionaria interpuso la acción de tutela que se revisa el 27 de febrero de 2004, esto es, luego de que había transcurrido tanto el término de la licencia de maternidad, como el primer año de vida de su hija.

En consecuencia, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, la acción de tutela interpuesta por la señora Erika Trujillo no es procedente, ya que fue promovida después de que la menor hija de la peticionaria había cumplido un año de edad. La sentencia bajo revisión será confirmada.

III. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el día treinta (30) de abril de dos mil cuatro (2004) por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Garzón dentro del proceso de tutela de la referencia.

SEGUNDO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ley 100 de 1993, Art. 161.

2 Ley 100 de 1993, Art. 157, lit. a num. 1; Dcr. 806 de 1998, art. 26.

3 D.R. 047 de 2000, art. 3-2. Cfr. Ley 100 de 1993, art. 166.

4 D. 806 de 1998, art. 62.

5 D. 806 de 1998, art. 64, lit. f.

6 Ver Sentencia T-568 de 1996, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Al respecto, recientemente se han proferido las siguientes sentencias T-075 de 2001, M.P: José Gregorio Hernández; T-157 de 2001, M.P: Fabio Morón Díaz; T-161 de 2001, M.P: Fabio Morón Díaz; T-473 de 2001, M.P: Eduardo Montealegre Lynett; T-572 de 2001, M.P: Alfredo Beltrán Sierra; T-736 de 2001, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia T-210 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sobre este mismo punto también pueden consultarse las sentencias T-139/99, T-210/99, T-175/99, T-362/99, T-496/99, T-568/96, T104/99, T-365/99, T-458/99, T-270/97 y T-567/97.

9 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

11 Ver también las sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1999, T-365 de 1999 y T-458 de 1999.

12 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

13 Este argumento es expuesto por la Corte al revisar la decisión dentro de un asunto similar, cuando consideró que “la acción de tutela en el caso sub-lite, no está llamada a prosperar porque, si bien es cierto la accionante obtuvo licencia y gozó del derecho al descanso remunerado por maternidad, la prestación económica a la que eventualmente puede tener derecho por la misma causa no se reclamó durante el período posterior al parto inactividad que demuestra que para la madre no fue indispensable contar con esos recursos y son, la conexidad con este período y la necesidad de atender la subsistencia de la madre y el niño durante el mismo, los elementos requeridos para que una prestación dineraria adquiera rango de derecho fundamental y pueda ser reclamada por vía de tutela”. Cfr. T-466/2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

14 A su vez, este criterio fue utilizado en la sentencia T-075/2001 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, al indicar que “en el presente caso se tiene que para la época en que se admitió la demanda de tutela -12 de junio de 2000-, ya había expirado el tiempo de licencia,

pues según consta en el expediente (folio 4), aquélla principió el 17 de marzo de 2000. En consecuencia, el daño que pudo haber sufrido la peticionaria y su hijo ya se consumó y, por tanto, como bien lo estimó el juez de instancia, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”. Idéntico fundamento se encuentra en el fallo T-1224/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

15 M.P. Jaime Araujo Rentería

16 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

18 Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la sentencia T-1014 de 2003.