

Sentencia T-978/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción de no exigir el pago completo e ininterrumpido de semanas cotizadas

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago proporcional por haber dejado de cotizar durante el embarazo por un periodo superior a dos meses

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago del 100% por haber dejado de cotizar durante el embarazo por un periodo inferior a dos meses

LICENCIA DE MATERNIDAD-Madres como sujetos de especial protección

Las entidades promotoras de salud no tuvieron en cuenta al negar la licencia de maternidad que las personas a favor de las cuales se reclamaba la prestación económica eran sujetos de especial protección por parte del Estado. En efecto, las solicitantes conforme al artículo 43 Superior son mujeres que después del parto gozan de especial asistencia y protección del Estado y en el caso de éstas, dicha protección es reforzada en razón a que también son madres cabeza de familia.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE MUJER TRABAJADORA EN FASE POST PARTO-Alcance

Debe tenerse en cuenta sobre este aspecto cómo lo que ha de entenderse por mínimo vital en tratándose de mujeres trabajadoras que se encuentran en fase post parto ha de valorarse a partir de las reales circunstancias a que ellas se enfrentan. En efecto, “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor

recién nacido.”

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

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes acumulados T-1644459 y T-1675302

Acciones de tutela instauradas por Ruby Milena Pedroza Guevara y Alba Milena Solarte Figueroa contra Coomeva y Saludcoop E.P.S., respectivamente.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados dentro de los expedientes de la referencia por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cúcuta, Norte de Santander el 9 de mayo de 2007 y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Asís, Putumayo, el 21 de marzo de 2007, respectivamente.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional mediante Auto del 4 de octubre de 2007, decidió acumular los expedientes T-1644459 y T-1675302 al considerar que guardaban unidad de materia, para que los fallos antes mencionados fueran revisados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción de tutela

1.1. Expediente T-1644459

La señora Ruby Milena Pedroza Guevara presentó acción de tutela de manera verbal ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de San José de Cúcuta¹, por considerar lesionado su derecho fundamental al mínimo vital, ante la negativa de Coomeva E.P.S. de reconocer y pagar la licencia de maternidad que solicitó con ocasión del nacimiento² de su hijo.

En su reclamo de protección, que posteriormente fue ampliado a petición del juez de tutela, relató que a los pocos días del parto presentó la solicitud de reconocimiento de la licencia de maternidad que le fue expedida por su médico tratante³ ante la E.P.S. tutelada entidad que le informó que no tenía derecho a dicho reconocimiento económico, sin indicarle las razones de la no cancelación.⁴

Adicionalmente informó que es cotizante independiente de la entidad demandada desde el 16 de enero de 2006 y que al momento de afiliarse “no tenía ni idea que estuviera embarazada, incluso me afilié porque no tenía seguridad social y estando ya en Coomeva E.P.S., fue que me hicieron los exámenes y resulté embarazada.”⁶

Señaló que su sustento económico lo deriva trabajando como independiente vendiendo productos de catálogo de “Yambal y Avon”, de la ayuda que le otorgan sus padres con quienes vive, y de lo que “a veces me da el papá del niño.”⁷

Finalmente manifestó que “lo que quiero es que por lo menos me digan cual es el motivo por el cual no me han reconocido la licencia de maternidad y que si tengo derecho me reconozcan el pago que necesito porque soy madre soltera que no tengo ningún ingreso fijo.”

1.2. Expediente T-1675302

Tanto en el escrito de tutela como en la ampliación rendida por la señora Alba Milena Solarte Figueroa, manifestó que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la E.P.S. Saludcoop, como cotizante, trabajadora de la empresa Electromillonaria desde febrero de 2006. Señaló que al mes siguiente se enteró de su estado de embarazo.

Informó que “cuando ya nació⁸ el bebé, solicité el pago de la licencia en el mes de noviembre de 2006, me dijeron que yo me había afiliado a Saludcoop estando en embarazo y que el requisito tenía que ser 40 semanas y que yo tenía 38, entonces que por eso me la

rechazaban, yo les dije que no, porque si hubiera estado en embarazo no me hubieran recibido en el trabajo y yo tengo la prueba de 12 0 13 de febrero y está negativo. Yo hice la solicitud por escrito y llevé los documentos que me dijeron, después fui y me dijeron que fue rechazada por lo que volví a hacer una solicitud para que me explicaran bien los motivos por los que me rechazaban y me entregaron la misma hoja, entonces yo allí ya procedí a la tutela.”⁹

Afirmó que su empleador pagó los aportes para salud a partir de la fecha de afiliación hasta el día en que dio a luz a su hijo, sin embargo, la entidad demandada no le ha reconocido ni pagado la prestación económica por concepto de licencia de maternidad a que tiene derecho a pesar de los requerimientos que le hizo tanto de forma verbal como escrita.¹⁰

Manifestó que es madre cabeza de hogar, y que debe velar por el sostenimiento de su bebé debido a que “tengo que responder por él sola porque el papá me colabora pero no es mucho, me toca pagar de la alimentación, a veces le colaboro a mi hermana para la remeza pero es poco porque no me alcanza. Gano el mínimo y me alcanza apenas para las cosas de los dos, además tengo que pagar una plata que pedí prestada para poder viajar a Pasto cuando mi niño se enfermó como a los tres días de nacido y estuvo ocho o diez días en la clínica, por eso también es que reclamo lo de la licencia para pagar esas deudas.”¹¹ Finalmente precisó que su compañero no tiene trabajo permanente y desempeña labores eventuales y de manera ocasional realiza pequeños trabajos de construcción.

Por lo anterior, solicitó se ordene a la entidad accionada la suspensión inmediata de la conducta lesiva para sus derechos fundamentales y los de su hijo y proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho.

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1. Expediente T-1644459

Coomeva E.P.S. mediante oficio del 7 de mayo de 2007, informó al juez de instancia que una vez estudiada la solicitud de licencia de maternidad de la señora Ruby Milena encontró que “no cumple con el periodo de gestación cotizado al Sistema General de seguridad Social en salud; para llegar a esta conclusión se revisaron los aportes realizados durante todo su periodo de gestación o embarazo y son 32 semanas las que cotizó al sistema”.¹²

Agregó que “de acuerdo a Registro de Nacido Vivo A 6612884 expedido por el médico que atendió el parto en el cual indica que las semanas gestacionales al momento del evento fueron 38, las cuales médicamente es el equivalente a 9 meses de gestación”¹³

Por lo anterior, la E.P.S. tutelada concluye que la señora Ruby Milena quedó en estado de embarazo en el mes de noviembre de 2005, período en el cual no tiene cotización, ni tampoco en el mes de diciembre, ya que la afiliación se realizó hasta el 16 de enero de 2006 como cotizante independiente, no cumpliendo de esa manera con los parámetros expuestos en el Decreto 047/00 que en el numeral 2º del artículo 3 establece:

“Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión”.

En consecuencia, consideró que la acción impetrada debía denegarse por improcedente. Subsidiariamente, y en el evento que se accediera al amparo constitucional, solicitó se ordenara que los costos en que incurra la E.P.S. puedan ser recobrados en su totalidad al FOSYGA.

2.2. Expediente T-1675302

Saludcoop E.P.S., informó que la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante dependiente, desde el 2 de julio de 2006 y que estaba al día en el pago de los aportes, y cuenta con 46 semanas de cotización.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad señaló que “la EPS no pudo autorizarlo por cuanto LA USUARIA NO CUMPLE CON EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTICULO 3 DEL DECRETO 047 DE 2000, ES DECIR NO COTIZO DURANTE TODO EL PERIODO DE GESTACIÓN EN CURSO: SEMANAS COTIZADAS A 31 DE OCTUBRE DE 2006 (FECHA DE PARTO): 38 -SEMANAS DE GESTACION: 40).”¹⁴ Por tanto, aseguró que a la tutelante no le asiste razón en reclamar la licencia de maternidad ya que este tipo de prestaciones económicas únicamente pueden reconocerse, previo cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la Ley. En

consecuencia, colige que es al empleador¹⁵ al que corresponde asumir el pago de dicha prestación social.

Afirmó, que en esas condiciones, la conducta desplegada por Saludcoop E.P.S. no amenaza ni vulnera ningún derecho fundamental del accionante, por cuanto ha actuado aplicando la legislación sobre la materia, conforme a la cual es el empleador de la señora Alba Milena el que debe asumir el pago de la prestación solicitada.

Por lo anterior, solicitó la improcedencia de la presente acción de tutela contra Saludcoop E.P.S., por cuanto la conducta desplegada por esta E.P.S. ha sido en todo momento ajustada a derecho. Subsidiariamente, en el evento que se accediera al amparo constitucional, pidió se ordenara que los costos en que incurra la entidad prestadora de salud puedan ser recobrados en su totalidad al FOSYGA.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

El Juzgado Quinto Penal Municipal de San José de Cúcuta, mediante sentencia del 9 de mayo de 2007, denegó la protección constitucional solicitada, por considerar que la conducta de Coomeva E.P.S era legítima, toda vez que la accionante no cumplía con los requisitos legales y jurisprudenciales para reclamar de la E.P.S. el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Para el a-quo, al estar acreditado que la accionante se afilió a la E.P.S. tutelada después de encontrarse embarazada y que no puede acreditar afiliación a otra empresa promotora de salud, le es aplicable la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-603 de 2006, relativa al no pago de la licencia de maternidad por vía de tutela en el evento en que “la accionante se afilió a la entidad demandada cuando se encontraba con varias semanas de embarazo, sin que exista prueba de que la actora se hubiera encontrado afiliada a otra EPS con anterioridad a la afiliación a la entidad demandada.”¹⁶

El fallo no fue impugnado.

3.2. Expediente T-1675302

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Asís Putumayo, mediante providencia del 21 de marzo de 2007 denegó la acción de tutela por considerar que no hubo violación de los

derechos invocados.

Lo anterior por considerar que la accionante no cumplió el período mínimo de gestación requerido para el pago de la licencia de maternidad, puesto que se estableció que su período de cotización fue tan sólo de 38 semanas y el de gestación de 40, no cumpliendo así el período mínimo de cotización señalado por los Decretos 806/98 y 047/00. Así las cosas, coligió que no era dable ordenar su pago por vía de tutela, en tanto que la actividad ejercida por la E.P.S. se ajustó a derecho.

El fallo no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema Jurídico

La Sala debe determinar si la negativa de las entidades accionadas de reconocer y pagar la licencia de maternidad solicitada por las trabajadoras tutelantes cuyos períodos de cotización no corresponden al período de gestación de sus hijos, vulnera el derecho al mínimo de vital tanto de éstas como de los recién nacidos, impidiéndoles procurarse una digna subsistencia en razón a la difícil situación económica que enfrentan.

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

Las reglas jurisprudenciales que, en aras de garantizar el derecho a la igualdad de trato jurídico (art. 13 C.P.) de las accionantes, deben aplicarse para resolver el problema jurídico planteado ya han sido fijadas por las diferentes Salas de Revisión de este Tribunal Constitucional que reiteradamente ha resaltado cómo la licencia de maternidad no constituye una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,¹⁷ conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

De allí que la licencia de maternidad, tenga una doble finalidad, puesto que por una parte, brinda un descanso a la madre para que se recupere del parto (art. 43 C.P.) posibilitando que el recién nacido reciba todas las atenciones que requiere (arts. 44 y 50 C.P.); y por la otra, garantizar el mínimo vital y la dignidad humana¹⁸ de éstos. En estas condiciones dicha protección está dirigida tanto a la madre como al hijo desde el mismo momento de la concepción.

De lo expuesto se infiere que cuando una entidad promotora de salud tramita y decide una petición de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad de una de las trabajadoras afiliadas ya como independiente o como dependiente, el pronunciamiento excede el ámbito de la relación EPS-Usuario para involucrar también los derechos prevalentes del recién nacido (art. 44 y 50 C.P.) que deben ser interpretados a la luz del principio de interés superior del menor.¹⁹

En este escenario, el fundamento para negar una licencia de maternidad por parte de una Entidad Promotora de Salud no puede ser simplemente la invocación y aplicación mecánica de la normatividad legal y reglamentaria²⁰ que regula el reconocimiento y pago de esta prestación económica, dado que, en cada caso particular, éstas deben observar el principio de interpretación conforme a la Constitución con el fin de garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres trabajadoras a ellas afiliadas con el fin de materializar la protección especial de la cual son titulares. Empero, si dichas entidades, en cada caso concreto, no pueden armonizar la normativa legal y reglamentaria con los mandatos superiores habrán de cumplir con el deber que impone a todo operador jurídico de inaplicar (art. 4 Superior), para cada caso particular, aquellas disposiciones que dados los supuestos fácticos generen consecuencias que desconozcan lo dispuesto en la Carta Política, pudiendo en todo caso acudir las trabajadoras a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa administrativa, dependiendo el tipo de vinculación laboral que se tenga, para que sea el juez competente el que haga efectiva la protección especial que para ellas y sus hijos e hijas recién nacidos otorga nuestra norma fundamental.²¹

Como se puede advertir, el ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política dispone de un sistema de protección para hacer realidad sus contenidos, lo cual permite resaltar cómo es contrario al artículo 49 Superior que las entidades promotoras de salud privadas estén sistemáticamente optando por negar las licencias de

maternidad que se les solicitan, aplicando de forma mecánica la regulación legal y reglamentaria sobre la materia desconociendo que la autorización otorgada por el Estado, en nombre del cual presten el servicio de salud a los habitantes del territorio nacional, no es un asunto meramente económico sino que implica también el deber de esas empresas para contribuir a la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho (arts. 1 y 2 C.P.).

Si bien las madres trabajadoras, como se ha expuesto, cuentan con las vías ordinarias para lograr el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, esta Corporación ha precisado que cuando dicha prestación se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela.²²

Cabe recordar que a partir de la Sentencia T-999 de 200323 se ha establecido que para que sea viable el amparo constitucional, el pago de la licencia de maternidad, debe ser planteado ante los jueces de tutela durante el primer año de vida del niño o niña de la trabajadora.

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

En la actualidad se han vuelto rutinarios aquellos casos en que se solicita por parte de la madre trabajadora la licencia de maternidad a su Entidad Promotora de Salud y ésta niega dicha prestación aduciendo que el período de gestación y el período de cotización no coinciden, no cumpliendo así con uno de los requisitos impuestos por los actos administrativos (Decretos reglamentarios 806 de 1998 y 047 de 2000) que regulan el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante estar acreditada la afectación al derecho al mínimo vital de la mujer después del parto y de su bebé recién nacido, sujetos éstos de especial protección por parte del Estado (arts. 43, 44 y 50 C.P.).

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

prevalente a cualquier otra consideración normativa infraconstitucional.

En dichos casos la falta de coincidencia entre el período de gestión y de cotización se restringía a días o a unas pocas semanas. Al respecto, en la Sentencia T-1243 de 200524 se señaló que:

“La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela²⁵.

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 cotizaciones²⁶.

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

Posteriormente, la Corte revisó sentencias de tutela en los cuales se negó el amparo constitucional aduciendo que la falta de coincidencia entre el período de gestación y el de cotización excedía de un mes. En dichos casos que han sido sistematizados, entre otras, en las Sentencias T-906 de 200627 y T-053 de 200728 la Corte dijo:

“Como corolario de lo expuesto se tiene que, según la jurisprudencia de la Corte, la exigencia legal de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, por un periodo mínimo igual al de la gestación, para que proceda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (art. 63 del Decreto 806 de 1998 y num. 2º del art. 3º del Decreto 047 de 2000), no debe aplicarse de manera automática, pues el hacerlo sería imponer un requisito que en algunos casos hace nugatorio el derecho a la mujer a que se le reconozca esta prestación económica,

cuando compromete la subsistencia y vida digna, tanto de la madre como de su menor hijo. En estos casos, esta exigencia se convierte en un argumento formal que pretende hacerse prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial (art. 228 C.P.) que se concreta en el descanso remunerado en la época del parto²⁹. De allí que al presentarse esta situación en casos como el aludido, proceda excepcionalmente la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad, previa inaplicación de las normas que resultan inconstitucionales, dando prevalencia a las garantías supraleales que entran a gobernar el caso (arts. 13, 43, 50 y 53 C.P.).³⁰

(...)

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

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

En recientes pronunciamientos la Corte ha consolidado esta posición y ha precisado que “la aplicación o interpretación de normas que consagran periodos mínimos de cotización para hacerse acreedor de determinadas prestaciones económicas no puede ser tal, que vulnere derechos fundamentales. Si se tiene en cuenta que, según los requisitos legales anteriormente señalados, las cotizaciones deben hacerse de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación; un mes se constituye en un lapso insignificante frente a una vulneración de derechos fundamentales de las personas.”³¹

En la sentencia T-582 de 2007³² la Corte señaló:

“12.- De conformidad con la legislación vigente, la licencia de maternidad es otorgada a la mujer trabajadora previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que aquélla haya

cotizado durante todo el período de su gestación (ii) que haya cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) que haya cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho³³; (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento³⁴.

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

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

“En relación con el requisito consistente en cotizar durante todo el tiempo de gestación, en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido, no puede valorarse de conformidad con el texto de la norma. Al contrario, debe ponderarse el tiempo cotizado con el tiempo faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido. En consecuencia, esto excluye aquellas situaciones en las cuales el tiempo cotizado y el tiempo restante no guarden la relación expuesta³⁵.”³⁶

Este criterio de razonabilidad se ha utilizado para determinar si la protección constitucional debe orientarse al pago del 100% de licencia o si por el contrario el monto de la misma debe ser proporcional al monto de las cotizaciones de la trabajadora. En este sentido, la Corte ha estimado como límite temporal el de dos meses de forma tal que: i) en casos de menos de dos meses de falta de cotización, la protección será de manera completa y, ii) en caso de más de dos meses de falta de cotización la cancelación de la licencia debe hacerse proporcionalmente al tiempo cotizado durante el embarazo.³⁷

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

4. Casos concretos

Del material probatorio que reposa en los expedientes se advierte que tanto en el caso de la señora Ruby Milena Pedroza Guevara (expediente T-1644459) como en el de la señora Alba Milena Solarte Figueroa (expediente T-1675302), la negativa de las entidades promotoras de salud accionadas a cancelar la licencia de maternidad por ellas reclamadas se fundamenta en la falta de coincidencia entre el período de gestación y el de cotización de estas trabajadoras al sistema de seguridad social en salud.

En efecto, conforme se ha reseñado en esta providencia, la trabajadora Ruby Milena Pedroza Guevara había cotizado al momento del parto 32 semanas no obstante que su período de gestación fue de 38 semanas, es decir, dichos tiempos no coinciden en seis (6) semanas. Por su parte, Ana Milena Solarte Figueroa para el momento del nacimiento de su hijo había cotizado 38 semanas y el período de gestación fue de 40 semanas, por lo cual existe una diferencia de dos (2) semanas.

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

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

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

Constituyente primario.

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

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

De otra parte, las accionadas y los jueces de instancia debieron tener en cuenta que cuando dichas trabajadoras solicitaron el pago de la licencia de maternidad, la decisión negativa sobre la misma no sólo las afectaba a ellas, sino que también implicaba una lesión para el mínimo vital de sus hijos recién nacidos que al ser menores de un año de edad no sólo tienen protección especial por esta circunstancia (art. 50 C.P.), sino, por su condición de niños (art. 44 C.P.).³⁸ En estos casos, debió observarse tanto en sede de las E.P.S. tuteladas como al momento de resolver el reclamo de protección constitucional el principio de interés superior del menor.

Como se advierte, los jueces de tutela en cada uno de los casos de la referencia no cumplieron con su función de garantes de la supremacía de la Constitución, además soslayaron que conforme al artículo 83 Superior que dan soporte normativo a los principios de buena fe y confianza legítima, las autoridades deben ser coherentes en sus actuaciones y garantizar razonablemente la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”³⁹.

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

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

En efecto, como lo ha dicho esta Corporación “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.”⁴⁰

En este sentido el derecho al mínimo vital, para la garantía de su protección, involucra dos aspectos principales. En primer término, “[e]l concepto de mínimo vital (...) no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa (...), atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”⁴¹ Y, en segundo lugar, la Corte ha considerado que la vulneración del derecho al mínimo vital se protege mediante la acción de amparo, para evitar que la persona “...sufra una situación crítica económica (...). Con esta referencia se pretende dejar intacta la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria, cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo.”⁴²

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

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

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

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cúcuta Norte de Santander, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Ruby Milena Pedroza Guevara y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales y de su hijo recién nacido al mínimo vital y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de COOMEVA EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Ruby Milena Pedroza Guevara, si todavía no lo ha hecho.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Asís Putumayo, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Alba Milena Solarte Figueroa y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales y de su hijo recién nacido al mínimo vital y a la vida digna.

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

Milena Solarte Figueroa, si todavía no lo ha hecho.

Quinto.- INAPLICAR con base en el artículo 4 de la Carta Política y para el caso concreto de las señoras Ruby Milena Pedroza Guevara y Alba Milena Solarte Figueroa y de sus hijos menores de edad, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 3 numeral 2º del Decreto 047 de 2000.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARCO GERADO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La solicitud de protección constitucional fue presentada el 3 de mayo de 2007.

2 El parto fue el 13 de agosto de 2007.

3 Folio 5A del expediente.

4 A pesar de lo afirmado por la accionante, ésta aportó el “certificado de incapacidad o licencia” (folio 4) expedido por la EPS en el cual aparece como nota aclaratoria lo siguiente “No cumple con la cotización ininterrumpida y completa exigida por la ley para

reconocimiento económico del evento solicitado (Decreto 047/2000 Num.2)”

5 Folio 16 del expediente.

6 Ídem.

7 Ídem.

8 El parto ocurrió el 31 de octubre de 2006.

9 Folio 24 del expediente.

10 Folio 7 del expediente.

12 Del informe rendido al juez de instancia (folios 18 a 21) pueden extraerse los siguientes datos:

Período de cotización

Fecha de pago

Días cotizados

Abril de 2007

Abril 9/07

30

Marzo de 2007

Marzo 7/07

30

Febrero de 2007

Marzo 7/07

30

Enero de 2007

Enero 10/07

30

Diciembre de 2006

Diciembre 9/06

30

Noviembre de 2006

Noviembre 10/06

30

Octubre de 2006

Octubre 10/06

30

Septiembre de 2006

Agosto 23/06

30

Agosto de 2006

Julio 7/06

30

Julio de 2006

Julio 7/06

30

Junio de 2006

Junio 6/06

30

Mayo de 2006

Mayo 11/06

30

Abril de 2006

Abril 7/06

30

Marzo de 2006

Marzo 3/06

30

Febrero de 2006

Febrero 2/06

Enero de 2006

Enero 23/06

15

13 Folio 18 del expediente.

14 Folio 25 del expediente.

15 Mediante auto del 13 de marzo de 2007 el juez de instancia vinculó al trámite de la acción de tutela a la empresa ELECTROMILLONARIA, la cual guardó silencio.

16 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

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

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

20 El artículo 63 del Decreto reglamentario 806 de 1998 dispone: “LICENCIAS DE MATERNIDAD. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.”|| El artículo 3º numeral 2 del Decreto reglamentario 047 de 2003 establece: “PERIODOS MINIMOS DE COTIZACION. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: (...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Lo previsto en este numeral se entiende sin

perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

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

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

23 M.P. Jaime Araújo Rentería.

24 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz): “(...) la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención”. (Los pies de página contenidos en esta cita fueron omitidos).

26 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-549 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1010 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-931 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández). Estos cuatro

casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

27 M.P. Humberto Sierra Porto.

28 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

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

31 Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

32 M.P. Humberto Sierra Porto.

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

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

35 Ver sentencia T-1038 de 2006.

36 Sentencia T-582 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto.

37 Sobre la evolución de esta regla jurisprudencial pueden estudiarse las Sentencias T-530 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-575, 576 y 758 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

38 El numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño incorporada al sistema jurídico colombiano mediante la Ley 12 de 1991 dispone: “En todas las medidas

concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Resaltado fuera de texto)

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

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

41 T-553 de 2005.

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