

Sentencia T-931/03

LICENCIA DE MATERNIDAD-Régimen legal y reglamentario

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-No se pueden establecer requisitos que hagan nugatorio el reconocimiento de la prestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-754538

Acción de tutela instaurada por Diana Castro Olaya contra Cafesalud E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil tres (2003).

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

#### SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Quinto Civil Municipal de la ciudad de Neiva, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Diana Castro Olaya contra Cafesalud E.P.S.

#### ANTECEDENTES.

Diana Castro Olaya interpuso acción de tutela contra Cafesalud E.P.S. por considerar vulnerados sus derechos a la dignidad y al mínimo vital, en razón a que la demandada se niega a pagar una licencia de maternidad a la que alega tener derecho, argumentando que hubo una interrupción de pago de aportes.

Fundamentó su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

El 22 de enero de 2003 solicitó a Cafesalud E.P.S. el pago de una incapacidad de maternidad a partir del 18 de enero del mismo año. Indica que el reconocimiento de la prestación le fue negado. Posteriormente, en ejercicio del derecho de petición, nuevamente requirió le fuera reconocida y pagada la licencia de maternidad, pero, mediante comunicación de abril 14 de 2003 la demandada reiteró su negativa. Pide en consecuencia, se ordene a Cafesalud E.P.S. que le pague la licencia de maternidad.

#### INTERVENCIÓN DE CAFESALUD E.P.S.

La Gerente de la Oficina de Cafesalud E.P.S. en la ciudad de Neiva, mediante oficio dirigido al Juez Quinto Civil Municipal de esa ciudad solicitó declarar improcedente la tutela presentada

por la demandante. Indica que en efecto la señora Castro Olaya se encuentra afiliada a esa entidad en calidad de cotizante; agrega que en su afiliación se reporta como empleador a la empresa Academia Gym Ramiro Villegas con la que presenta pago continuos desde mayo 24 de 2001 hasta marzo 30 de 2002, fecha en la que es reportada la novedad de retiro. Posteriormente, en la afiliación se reporta novedad de cambio de empleador el 11 de mayo de 2002 con la empresa Serviasociados. Basada en lo anterior, la entidad demandada considera que existió una interrupción de 11 días en la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que hace improcedente el pago de la licencia de maternidad solicitada, pues de acuerdo con el Decreto 047 de 2000 la cotización para acceder al pago por licencia de maternidad debe ser ininterrumpida.

#### DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISION.

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Neiva, en sentencia de mayo 9 de 2003, negó el amparo reclamado, tras considerar que el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial para reclamar lo solicitado en la presente acción.

#### PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

- A folio 3, copia de incapacidad por maternidad de la señora Castro Olaya.
- A folio 4, formato de epicrisis de la Clínica Neiva Ltda. en el que se indicó que la señora Diana Castro Olaya fue atendida en esa institución el 18 de enero de 2003 con ocasión de un parto.
- A folio 5, certificación de Cafesalud E.P.S. en la que indica que la señora Diana Castro Olaya se encuentra afiliada a esa entidad en calidad de cotizante desde el 23 de mayo de 2001.
- A folio 6, oficio suscrito por Cafesalud E.P.S. en el que le informan a Serviasociados, empresa donde labora la demandante, que la licencia de la señora Castro Olaya no será reconocida económicamente.
- A folio 7, derecho de petición elevado por la demandante ante Cafesalud E.P.S. en el que solicita el pago de su licencia de maternidad.
- A folio 8, respuesta de la E.P.S demandada al derecho de petición presentado por la señora Castro Olaya en el que le informa los motivos por los que no reconoció económicamente la licencia de maternidad solicitada.

#### CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

##### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. El pago de la licencia de maternidad cuando no se ha cotizado el tiempo exigido por la ley corresponde al empleador.

Corresponde establecer en este caso, si por vía de tutela procede el pago de la licencia de maternidad cuando se aprecia afectado el mínimo vital de la madre pese a que no se ha cotizado

el tiempo previsto en las normas legales.

**2.1** El artículo 43 de la Carta Política, tras consagrar la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, dispone que “Durante el embarazo y después del parto - la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado”.

2.2 De manera compatible con esa disposición superior, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el descanso remunerado en la época de parto. El texto actual de esta disposición es el siguiente:

“ART. 236.– Subrogado. L. 50/90, art. 34. Descanso remunerado en la época del parto.

“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

“2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

“3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

“a) El estado de embarazo de la trabajadora;

“b) La indicación del día probable del parto, y

“c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

“4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

“Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

“PAR.–Modificado. L. 755/2002, art. 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

“Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

“La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

“El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días

siguientes a la fecha de nacimiento del menor.

“La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

“Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.”

2.3 La licencia de maternidad representa así un descanso remunerado de doce (12) semanas durante la época del parto que beneficia a las trabajadoras; para su remuneración se tiene en cuenta el salario devengado o, en caso de ser variable, el promedio del último año y exige una certificación médica sobre el estado de embarazo, el día probable del parto y el día desde el cual se inicia la licencia.

2.4 Ahora bien, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la licencia de maternidad, como las demás prestaciones económicas derivadas de ella, son asumidas por el Instituto de Seguros Sociales y por las empresas promotoras de salud con cargo al fondo de solidaridad del sistema de seguridad social en salud. Esto por cuanto el artículo 207 de la citada ley dispone:

“ART. 207.–De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC.”

2.5 Posteriormente, en el Decreto 806 de 1998 se previó:

#### **“CAPÍTULO VIII. Períodos mínimos de cotización.**

**“Art. 63 Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de la prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada hay cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.”**

Finalmente, el Decreto Reglamentario 47 de 2000, determina el período mínimo de cotización para el pago de la licencia de maternidad y establece su pago por cuenta del empleador cuando cotice un período inferior al de la gestación o incumpla el pago de las condiciones previstas para el pago de prestaciones económicas. El texto de la disposición, en lo pertinente, es el siguiente:

“ART. 3º–Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

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

“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.”

Así entonces, existe un claro régimen legal y reglamentario que consagra la licencia de maternidad, fija los recursos con cargo a los cuales debe ser pagada por las empresas promotoras de salud, establece para ello unos requisitos que deben cumplir los empleadores y radica el pago en éstos cuando cotizan por períodos inferiores al de gestación o lo hacen de manera inoportuna.

En ese marco, la Corporación ha sostenido[1] 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”[2]. 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.

**Por estas razones, la Corte ha ordenado el pago de la prestación económica derivada de la maternidad cuando la E.P.S. desconoce el principio de favorabilidad normativa que consagra el artículo 53 de la Carta[3]. Así mismo, se ha ordenado la cancelación del derecho económico cuando la E.P.S. negó el derecho desconociendo el “principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, cuando ha habido allanamiento a la mora”[4] (C.P. art. 48).**

### 3. Caso concreto.

Se observa en el expediente que la accionante se vinculó al sistema general de seguridad social en salud a partir de mayo 23 de 2001, habiendo cotizado con su primer empleador hasta el 30 de marzo de 2002. Posteriormente se afilió con su empleador actual con quien cotiza desde mayo 11 de 2002 en forma continua con un total de 36 semanas a la fecha del parto.

La licencia es negada por la entidad accionada aduciendo que la demandante no cumplió con las exigencias prescritas en el artículo 63 del Decreto reglamentario 806 del 1998 y el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000. La sentencia de instancia igualmente deniega la tutela tras considerar que la señora Diana Castro Olaya tiene otro mecanismo de defensa judicial para el reclamo del reembolso de los dineros pertenecientes a la licencia de maternidad.

Varias consideraciones debe hacer la Corte frente al caso concreto:

Primero: El artículo 63 del Decreto 806 de 1998 ha sido interpretado por la Corte Constitucional señalando que se trata de una norma que en ciertos casos fija “un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido.” T-139 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Segundo: Considera la Sala que el mismo razonamiento deber predicarse del numeral segundo del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, por cuanto la licencia de maternidad, es un derecho mínimo que tiene la mujer y que el Estado está obligado a reconocer y proteger (artículos 43 y 53 de la Constitución), por tanto, para su reconocimiento, no se pueden establecer requisitos que hagan írrita la existencia legal de tal prestación. Negar la licencia con el argumento formal de que la accionante tuvo una interrupción de 11 días en su cotización es optar por la prevalencia de

la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C.P.

Tercero: La accionante demuestra en el expediente que no tiene ningún otro medio de subsistencia, que su mínimo vital y el de su hijo están alterados ante la falta del dinero que supone el descanso remunerado posterior al parto y prueba además que sigue cotizando al Sistema General de Pensiones. Por ello, en aplicación prevalente[5] de los artículos 43 y 53 de la Constitución, que establecen la especial protección al trabajo y a la mujer durante el embarazo y la época subsiguiente al parto, se ordenará a Cafesalud que en el término de 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 Diana Castro Olaya a efectos de hacer efectiva la especial protección que la Constitución prescribe para las mujeres en las condiciones en que se encuentran ésta y su hijo recién nacido.

## VI. DECISIÓN.

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

### RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Neiva, dentro del proceso de la referencia.

Segundo. ORDENAR a Cafesalud que, en el término de 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 Diana Castro Olaya a efectos de hacer efectiva la especial protección que la Constitución prescribe para las mujeres en las condiciones en que se encuentran ésta y su hijo recién nacido.

Tercera: Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

[1] Al respecto entre otras 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.

[2] Sentencia T-210 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[3] Sentencias T-093 de 1999, T-104 de 1999, T-139 de 1999, T-149 de 1999, T-175 de 1999, 205 de 1999, T-316 de 1999, T-339 de 1999.

[4] Sentencia T-458 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[5] Sobre la aplicación prevalente de las normas constitucionales ver las sentencias T-060, T-756, T-875 de 1999; T-571 y T-693 de 2001, T-797 de 2001, T-344/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-446 de 2003 y T-599/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo