

ACCION DE TUTELA - Derecho a la licencia de maternidad / PROTECCION A LA MATERNIDAD - En acción de tutela se ordena pago de licencia de maternidad / REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Derecho a licencia de maternidad

Para la sala es claro que existe una protección integral para la atención de la salud de la mujer embarazada en el régimen contributivo de seguridad social, sin condición o limitación alguna a los períodos de cotización. No sucede lo mismo con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que el legislador ha establecido para el caso de la maternidad (artículo 236 Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 - descanso remunerado en la época del parto), pues en tales casos se exige un mínimo de semanas cotizadas, como lo señala el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, preceptiva que modificó el Decreto 1938 de 1994 el cual exigía una cotización mínima de 12 semanas. La prescripción del artículo 63 del decreto 806 de 1998 señala que las afiliadas para tener derecho a la licencia remunerada por maternidad, sin hacer distinción alguna entre las trabajadoras dependientes o independientes, deben haber cotizado como mínimo por un período igual a la gestación. No hay prueba en el plenario que demuestre cuál fue el período de gestación de la demandante; sobre el particular nada dijo la entidad demandada, lo que impone a la Sala acudir a la presunción de la concepción que consagra el Código Civil en su artículo 92. Tomando entonces el tiempo que consagra el ordenamiento civil, se presume que por lo menos su gestación duró no menos de 180 días. Durante este lapso la demandante cotizó, ya que, canceló los aportes por 240 días. En este orden, mal puede la Sala negar el derecho que reclama, como quiera que la especial protección a la maternidad consagrada en la carta Política, así lo impone.

FUENTE FORMAL: DECRETO 806 DE 1998 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 92

NOTA DE RELATORIA: Menciona sentencia de la Corte Constitucional T- 205 de 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil (2000)

Radicación número: AC-10053

Actor: SANDY PATRICIA MENA BLANDON

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE TUTELA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Director del Seguro Social, Seccional del Chocó contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 24 de febrero de 2000, que tuteló los derechos fundamentales de la señora SANDY PATRICIA MENA BLANDON.

ANTECEDENTES

Los hechos de la demanda presentada mediante apoderado, se pueden resumir así:

La actora se afilió al Seguro Social el 5 de noviembre de 1998.

Que el 14 de junio de 1999 dio a luz, en el Hospital Regional de San Francisco de Asís y que para tal fecha había cotizado 240 días al sistema de seguridad social integral (Seguro Social).

Manifiesta que pese a lo anterior, el Seguro Social, Seccional Chocó le negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, alegando que según lo establecido en el art. 63 del decreto reglamentario N° 806 de 1998 y la circular N° 193 del 18 de junio del mismo año no tenía derecho a dicho auxilio, porque no había cotizado el período mínimo, igual al período de gestación.

Expresa que los artículos 63 y 83 del decreto 806 del 30 de abril de 1998 y la circular N° 193 del 18 de junio del mismo año, violan los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, ya que establecen una discriminación en contra de la mujer embarazada.

Alega que al tenor del artículo 53 de la Carta Política, debe aplicarse, en caso de duda, la norma más favorable al trabajador; que por ello, se debió aplicar en su caso el numeral 3 del artículo 25 del decreto 1938 de 1994, ya que dicha norma limita el tiempo de cotización para tener derecho al respectivo auxilio en un período mínimo de 12 semanas antes del parto, requisito que acredita.

Finaliza argumentando que bajo cualquiera de los citados regímenes, completa los mínimos de cotización exigidos para tener derecho a la respectiva licencia de maternidad. (fls. 1 a 4).

P R E T E N S I O N E S

La actora concreta sus pretensiones así:

*“1. Ordene al Instituto de Seguro Social Seccional de Chocó, que reconozca y ordene pagar a favor de mi prohijada Sra. **ANCELMA ROMAÑA PALACIOS**, (sic) el auxilio de maternidad a que tiene derecho con el acaecimiento de su parto.*

2. Se prevenga a la Institución en mención, sobre la irregularidad en que está incurriendo y las posibles sanciones que puedan generar en su contra, por la practica (sic) desmenuzada de dicha conducta lesiva a los derechos fundamentales puntualizados.”. (fl. 3).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Chocó tuteló los derechos fundamentales de la demandante a la igualdad, a la protección de la mujer y a las condiciones mínimas laborales de los trabajadores y ordenó a

la entidad demandada cancelarle a aquélla la licencia de maternidad en el término de 2 días contados a partir de la notificación de la sentencia.

Manifestó el a quo que la Constitución Política de 1991 colocó a la mujer en igualdad de condiciones al hombre y la protegió especialmente cuando desarrolla la función de perpetuar la especie. Expresó que el Decreto 806 de 1998 en que se fundamentó el Seguro Social para negar la prestación a la demandante, así como la Circular 193 del mismo año, deben inaplicarse al tenor del mandato del artículo 4 constitucional, por ser abiertamente violatorias de los artículos 13, 43 y 53 de la Carta Política.

LA IMPUGNACIÓN

El Director del Seguro Social, Seccional del Chocó impugnó en su debida oportunidad la sentencia del a quo y aún cuando no obra en el expediente escrito en el cual se sustente la apelación interpuesta, esta Sala tendrá en cuenta los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda por el Gerente Seccional Administrativo de dicha entidad. (fls. 21 a 23 y 29 vto.).

CONSIDERACIONES

El asunto de la controversia se centra en dilucidar la posible violación de los derechos fundamentales de la demandante a la igualdad, a la protección de la mujer y a las condiciones mínimas de los trabajadores, por haberle negado el Seguro Social, Seccional del Chocó, el

reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, con base en el art. 63 del Decreto Reglamentario N° 806 del 30 de abril de 1998.

Para desatar la cuestión litigiosa, es preciso que la Sala haga el siguiente recuento normativo.

El literal A del artículo 157 de la ley 100 de 1993, prescribe:

*“A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.
Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
1.- Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley;....”*

Por su parte, el artículo 207 de la citada ley 100 de 1993, establece:

“ 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 de las Unidades de pago por capitación, UPC.”

Ahora bien, el Decreto 806 del 30 de abril “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, en todo el territorio nacional”, dispuso en los artículos 62 y 63 lo siguiente:

“Art. 62.- Excepciones a los períodos mínimos de cotización. Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio como la atención inicial de urgencia.

En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nace estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS sin perjuicio de la necesidad de registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente.”

“Art. 63.- 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 período de gestación”.

Del registro anterior de disposiciones, es claro que existe una protección integral para la atención de la salud de la mujer embarazada en el régimen contributivo de seguridad social, sin condición o limitación alguna a los períodos de cotización. No sucede lo mismo con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que el legislador ha establecido para el caso de la maternidad (artículo 236 Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 - descanso remunerado en la época del parto), pues en tales casos se exige un mínimo de semanas cotizadas, como lo señala el artículo 63 del citado Decreto 806 de 1998, preceptiva que modificó el Decreto 1938 de 1994 el cual exigía una cotización mínima de 12 semanas.

La Corte Constitucional ha sido celosa en amparar los especiales derechos que protegen la maternidad. Particularmente, respecto de la aplicación del artículo 63 del decreto 806 en que se fundamentó el Seguro Social para negar la prestación que se reclama en esta acción, dijo la Corte en el fallo de tutela T-205 del 8 de abril de 1999, al referirse a dicho pago por cambio de

normatividad, lo siguiente:

“Entendiéndose que la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, cuyo fin es “permitir la manutención de la madre y el hijo recién nacido durante el período en que aquélla logra restablecerse y pueda retornar a sus labores sin poner en peligro su salud....se convierte en un recurso necesario que debe recibir la mujer después del parto, razón por la que no pueda estar supeditada a requisitos o formalismos que puedan alterar su naturaleza y fin último.

.....

Dentro de este contexto, esta Corporación ha inaplicado el artículo 63 del decreto 806 de 1998, al considerar que en él se establece un requisito que desconoce derechos constitucionales fundamentales de la mujer que ha dado a luz y del recién nacido, derechos reconocidos no sólo en la Constitución sino en Tratados Internacionales ratificados por el Estado Colombiano....”

En el caso sub iudice, la actora se afilió al Sistema de Seguridad Social en su calidad de trabajadora independiente el 5 de noviembre de 1998, como da cuenta el folio 8 del expediente, habiendo cotizado a la época del parto (14 de junio de 1999) 240 días al Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, la prescripción del artículo 63 del citado decreto 806 señala que las afiliadas para tener derecho a la licencia remunerada por maternidad, sin hacer distinción alguna entre las trabajadoras dependientes o independientes, deben haber cotizado como mínimo por un período igual a la gestación. No hay prueba en el plenario que demuestre cuál fue el período de gestación de la demandante; sobre el particular nada dijo la entidad demandada, lo que impone a la Sala acudir a la presunción de la concepción que consagra el Código Civil en su artículo 92, el cual reza, así:

“De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente. Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos contados hacia atrás desde la media noche en que principie el día de nacimiento.”.

(La frase entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-004 del 22 de enero de 1998).

Tomando entonces el tiempo que consagra el ordenamiento civil, se presume que por lo menos su gestación duró no menos de 180 días. Durante este lapso la demandante cotizó, ya que, como se dijo anteriormente, canceló los aportes por 240 días.

En este orden, mal puede la Sala negar el derecho que reclama, como quiera que la especial protección a la maternidad consagrada en la carta Política, así lo impone.

No se pronuncia la Sala sobre la conformidad del artículo 63 del Decreto Reglamentario No. 806 de 1998 con la Carta Política, por ser objeto de examen mediante la acción de nulidad. Y como en este caso, la interpretación armónica de las normas que gobiernan la maternidad, permiten reconocer el derecho que reclama la demandante, es pertinente la aplicación del citado artículo 63 del Decreto 806 de 1998.

Se confirmará entonces la sentencia del a quo, aclarando que la licencia remunerada de 12 semanas que se ordena pagar al Seguro Social, se liquidará tomando el salario base de cotización que la actora aportaba a la época del parto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el veinticuatro (24) de febrero del dos mil (2000) que tuteló los derechos fundamentales de la señora SANDY PATRICIA MENA BLANDON contra el SEGURO SOCIAL, SECCIONAL DEL CHOCO.

ACLARASE la sentencia en el sentido de expresar que la licencia remunerada de 12 semanas que se ordena pagar al Seguro Social, se liquidará tomando el salario base de cotización que la actora aportaba a la época del parto.

Notifíquese a la parte actora en la dirección indicada.

Notifíquese al Director del Seguro Social, Seccional Chocó.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo del Chocó.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ANA MARGARITA OLAYA FORERO ALBERTO ARANGO MANTILLA

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

MERCEDES TOVAR DE HERRAN
Secretaria General