

Sentencia T-053/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

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

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección especial

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Juez de tutela debe proteger derecho al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido

Referencia: expediente T-1400371

Accionante: Lorena Concepción Pérez Fontalvo

Procedencia: Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela número T-1'400.371, acción promovida por la ciudadana Lorena Concepción Pérez Fontalvo contra Solsalud E.P.S. Los fallos que se revisan fueron proferidos por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar de 19 de abril de 2006 y el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, Cesar de 28 de junio de 2006.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

1.1. La accionante afirma que desde el mes de marzo de 2003 se encontraba afiliada como cotizante a la E.P.S. Solsalud como trabajadora independiente, realizando los aportes en forma oportuna hasta el mes de septiembre de 2003.

1.2. Trabajó para el Hospital "La Candelaria" del Banco Magdalena; terminado el contrato realizo la desafiliación con la EPS Solsalud.

1.3. En mayo del año 2004 se afilió nuevamente a la E.P.S. Solsalud en calidad de empleada de la Cooperativa Coomulti Avance; de igual forma canceló oportunamente los aportes hasta el mes de abril de 2005.

1.4. En el mes de mayo de 2005, continuaba realizando los aportes, cuando se realizó sustitución patronal, vinculándose con la empresa Servimed E.A.T.

1.5. La E.P.S. Solsalud le prestó atención médica durante todo el embarazo, atendió el parto que tuvo lugar el 4 de noviembre de 2005, y llevó a cabo todos los controles al menor y a la accionante luego del nacimiento.

1.6. Manifiesta la accionante que solicitó a las oficinas de la E.P.S. Solsalud que se le cancelara la licencia de maternidad, pero la respuesta fue negativa afirmando la EPS que la señora Pérez no cumplía con las semanas de cotización.

1.7. Solicita que se le ordene a la E.P.S. Solsalud el reconocimiento y pago inmediato de la licencia de maternidad. Afirma la accionante que en la actualidad su situación económica es precaria ya que no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos del hogar y la manutención de su hijo.

2. Contestación de la entidad demandada

En la contestación de la E.P.S. Solsalud S.A. al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar, fechada el 4 de abril de 2006, se lee:

"1. Efectuada la consulta de datos de la afiliada, se pudo establecer que la señora LORENA

CONCEPCIÓN PEREZ FONTALVO, identificada con cédula de ciudadanía número 36669912 de 29 años de edad, con tipo de afiliación cotizante, por el empleador SERVIME-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO.

2. Conforme al Concepto del Dr. IGNACIO SERGIO ARENAS -ASISTENTE DE LA GERENCIA DESERVICIOS DE SALUD de SOLSALUD EPS, se manifiesta al despacho que la usuaria radicó en la empresa Licencia de Maternidad número 190602 por 84 días, la cual fue rechazada por no cumplir con las disposiciones legales vigentes DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, contenidas en el decreto 047 del 19 de enero de 2000, en su capítulo I, artículo 3 parágrafo 2, que establece los PERIODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN, que deben cumplirse para que las usuarias se hagan acreedoras del derecho al pago de licencias por maternidad, el cual al tenor reza:

“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 el período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión.

Por lo antes expuesto, señor Juez es de tener en cuenta que la señora Lorena Concepción Pérez, debió haber cotizado ininterrumpidamente su período de gestación, para completar las 40 semanas, de acuerdo al registro consignado en la Epicrisis de Servir - Atlántico.

Sin embargo del concepto emitido por el Dr. Arenas se coligen los ingresos de afiliación que la usuaria sostuvo a lo largo de su período de gestación iniciado a partir del 29 de enero de 2005, de donde se vislumbra que la usuaria dejó de cotizar DOS MESES Y DOS DIAS para completar las 40 semanas de cotización ininterrumpidas al sistema, por cuanto la usuaria inició cotizando a febrero de 2005, posteriormente se afilia con la empresa SERVIMED EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO el 01 de mayo de 2005, apreciándose así el tiempo dejado de cotizar.”

3. Pruebas

- Respuesta a la empresa Servimed - Empresa Asociativa de Trabajo de 3 de febrero de 2006 por parte de la E.P.S. Solsalud S.A. de Bucaramanga, respecto a la solicitud del pago de

licencia de maternidad de sus empleadoras, así:

“Nuestra entidad responde por la confianza que Usted ha tenido en SOLSALUD EPS para administrar los aportes en salud de sus trabajadores, es deber de SOLSALUD EPS orientar sobre los derechos y deberes que tienen los empleadores como actores activos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En respuesta a las Incapacidades y/o Licencias de Maternidad generadas por sus trabajadores me permito manifestarle, que una vez estudiadas y valoradas no fueron autorizadas en razón a que no cumplen con los períodos mínimos de cotización tal como lo señala el Decreto 047 del 19 de Enero del 2000 en su Capítulo I, Artículo 3. Períodos Mínimos de Cotización: “Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

1. Incapacidad por Enfermedad General. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, (modificado por el Decreto 783/2000 a 4 semanas tanto para dependientes como independientes) sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión.

2. Licencias de 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.

(...)

Igualmente queremos confirmarle que el pago de sus aportes debe realizarse como máximo el (6) día hábil de cada mes, de acuerdo al último dígito de su Nit, tal como lo consagra el Decreto 1406/99.”

- Respuesta de la Gerencia de Servicios Salud dirigida a la empresa Solsalud E.P.S. de 4 de

abril de 2006, aclarando lo siguiente:

“... me permito manifestarle que en el departamento de licencias e incapacidades la señora en mención radico su licencia de maternidad N° 190602, ... cotizante de la empresa SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO para tramite y cancelación de la respectiva prestación económica de acuerdo a los lineamientos del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El día 03 de febrero del año en curso, se le envía carta de No-autorización a su empleador SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO, mediante comunicación del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD..

(...)

Esto teniendo en cuenta que la señora debió haber cotizado ininterrumpidamente su período de gestación, desde el 29 de enero de 2005, teniendo en cuenta que a Solsalud EPS venía afiliada desde 07 de mayo/04 realizando un retiro el 28 de febrero/2005, posteriormente se afilia con la empresa SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO el 01 de mayo/2005, de esta manera dejó de cotizar 02 meses y dos días para completar las 40 semanas de gestación sin interrupción, según consignación en la epicrisis de Servir - Atlántico.

Por tal razón lamentamos comunicar que no le corresponde a Solsalud EPS sino a SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO asumir el pago de dicha licencia de maternidad.”

- Escrito del 4 de abril de 2006, dirigido al Departamento Jurídico de Solsalud EPS por parte de la Gerencia de Servicios de Salud de la misma EPS, que dice:

“Con el fin de dar respuesta a la acción instaurada por la señora LORENA CONCEPCIÓN PEREZ FONTALVO me permito manifestarle que en el departamento de licencias e incapacidades la señora en mención radico su licencia de maternidad N° 190602, identificada con cédula de ciudadanía número 36.669.92, cotizante de la empresa SERVIMED -EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO para tramite y cancelación de la respectiva prestación económica de acuerdo a los lineamientos del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

El día 3 de febrero del año en curso, se le envía carta de No-Autorizado a su empleador SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO, mediante comunicación número CINP

001000025371, por no cumplir con los lineamientos del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, en su normatividad del Decreto 047 del 19 de Enero del 2000 capítulo I artículo 3 parágrafo 2, ...”

(...)

Esto teniendo en cuenta que la señora Pérez debió haber cotizado ininterrumpidamente su período de gestación, desde el 29 de enero de 2005, teniendo en cuenta que a SOLSALUD EPS venía afiliada desde 07 de mayo/04 realizando un retiro el 28 de febrero /2005, posteriormente se afilia con la empresa SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO el 01 de mayo/2005, de está manera dejo de cotizar 02 meses y dos días para completar las 40 semanas de gestación sin interrupción, según consignación en la epicrisis de Servir - Atlántico.

Agregó la EPS basándose en la ley, que no le corresponde asumir el pago de la licencia de maternidad en mención.

- Respuesta por parte de la EPS negando la licencia de maternidad a la accionante, con fecha 3 de febrero de 2006.

4. PRUEBA SOLICITADA POR ESTA CORPORACIÓN

4.1. El dieciséis (16) de noviembre de 2006, esta Sala ordenó por medio de Auto, que la EPS Solsalud remitiera a esta Sala:

- Relación de autoliquidación de los aportes realizados durante todo el año de 2005 por parte de los empleadores o de forma independiente respecto de la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo.

Por medio de oficio dirigido por la Secretaría General de esta Corporación a la EPS Solsalud el diecisiete (17) de noviembre de 2006, se le dio cumplimiento al auto en mención.

4.2. La EPS Solsalud manifestó lo siguiente:

El 4 de diciembre de 2006, mediante escrito la EPS demandada remitió al despacho certificación expedida por la Coordinación Nacional de Aportes en donde se certifica los

aportes en salud al SGSSS durante el año 2005 correspondiente a la señora Lorena concepción Pérez Fontalvo.

La certificación dice:

“Que la Señora PEREZ FONTALVO LORENA CONCEPCIÓN, identificada con CC. 36669912 se encuentra registrada como COTIZANTE, de las Empresa relacionadas, responsable de la cotización de aportes en salud al SGSSS durante el año 2005 ha realizado los siguientes pagos:

FECHA PAGO

PERIODO

TDI

IDENTIFICACIÓN

EMPLEADOR

1124710

14/01/2005

200411

NIT

824005040

COOMULTIAVANCE

1146397

14/10/2005

200412

NIT

824005040

COOMULTIAVANCE

1146395

14/10/2005

200501

NIT

824005040

COOMULTIAVANCE

1196462

29/03/2005

200502

NIT

824005040

COOMULTIAVANCE

1223433

29/03/2005

200503

NIT

824005040

COOMULTIAVANCE

1334570

01/06/2005

200506

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

01/06/2005

200507

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1326510

29/07/2005

200508

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1442571

30/08/2005

200509

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1442572

04/10/2005

200510

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1442570

28/10/2005

200511

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1528226

25/11/2005

200512

NIT

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

1528393

28/12/2005

200601

824003106

SERVIMED-EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

- El 19 de abril de 2006, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní - Cesar, negó el amparo solicitado por la accionante, al considerar el juez que la accionante hizo uso de la tutela cuando ya había vencido la licencia de maternidad, no siendo vulnerado el derecho al mínimo vital por parte de la entidad demandada, teniendo la señora Pérez, otra vía judicial para hacer valer sus derechos fundamentales.

- El 28 de junio de 2006, el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguana, Cesar confirmó el fallo de primera instancia en todas sus partes.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

IV. TEMAS JURÍDICO

1. Problema Jurídico

En el caso bajo estudio, esta Sala de Revisión analizará si la E.P.S. Solsalud Seccional

Bucaramanga, vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y mínimo vital de la accionante y su menor hijo, al no autorizar el pago de la licencia de maternidad.

2. Criterios expuestos en cuanto a la licencia de maternidad y su protección constitucional

La Corte Constitucional en lo referente al pago de la licencia de maternidad determinó los siguientes criterios:

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

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

“4. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.³

“5. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, de conformidad con la última jurisprudencia [de la Corte]..., conforme a la cual ‘siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación’. T-999 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería.

“El mencionado fallo estableció que el plazo para demandar en tutela cuando se trata del pago de la licencia de maternidad no puede ser tan perentorio que haga írrito o nugatorio el derecho que ya existe en cabeza de la madre, por ello dijo la Corte ‘el plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.’.

“Estimó la Corte en esa oportunidad que frente a reclamos de tal naturaleza existe una protección doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse como tal.” (subrayas fuera del texto)

Por consiguiente, la licencia de maternidad constituye un descanso remunerado de doce semanas durante la época del parto que beneficia a las madres 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.

3. Períodos mínimos de cotización, Decreto 806 de 1998

Este Decreto previó en su Capítulo VIII, artículo 63, sobre los períodos mínimos de cotización, lo siguiente:

“Art. 63 Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de la prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya 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.”

Por consiguiente, la Sala estudiara si en el presente caso, se cumplen los criterios que esta Corporación ha tenido en cuenta para que proceda la protección constitucional respecto al pago de la licencia de maternidad.

4. Jurisprudencia de la Corte en casos similares al presente

Esta Corporación manifestó que no se puede aplicar de manera mecánica, en todos los casos, el requisito según el cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia de maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, pues tal exigencia, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo.

A continuación se explican los siguientes casos similares al estudiado en la presente tutela, en los cuales las accionantes no cumplían con el requisito legal de haber cotizado durante todo el periodo de la gestación, y en los que la Corte concedió la tutela al encontrar que los derechos fundamentales estaban siendo afectados por parte de la entidad de salud, al negarse a cancelar el pago de dicha licencia.

En el primer caso, la accionante no cotizó durante un (1) mes y veintinueve (29) días, razón por la cual, la entidad prestadora de salud le negó el pago de la licencia de maternidad. La accionante, trabajadora independiente, tenía como ingreso mensual el equivalente al salario

mínimo legal vigente para el año 2006; la Corte consideró que con dicha negativa se le estaba afectando el mínimo vital a la madre y su menor hijo. Para el caso en mención, la Corporación dijo:

“En verdad, en el caso que es objeto de análisis, la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, por comprometer el mínimo vital y el derecho a la vida en condiciones dignas de la actora y de su hijo, no puede estar supeditado su pago a requisitos formales que alteran su naturaleza y finalidad, debido a que involucra garantías superiores que cobijan a sujetos de especial protección constitucional como lo son en este caso, la madre y su menor hijo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta propias de su condición (madre que al momento de instaurar la tutela recién había cumplido la incapacidad por maternidad⁵, e hijo con escasos cinco meses y 14 días de edad a tal época). A esta situación se suman las condiciones materiales por las que atraviesa actualmente la tutelante⁶, esto es, la precaria situación económica que le impide atender sus necesidades básicas y las de su hijo⁷, según su afirmación plasmada en el escrito de tutela, referida a que, en este momento no recibe ningún ingreso debido a que no está laborando⁸. Afirmación que goza de credibilidad pues no fue desvirtuada por la entidad demandada⁹.”¹⁰

Y no podía ser para menos, debe reiterarse, que la acción de tutela en casos como el presente deba proceder, pues como lo ha sostenido esta Corte, la prestación económica obtenida por concepto de licencia de maternidad tiene por objeto permitir a la madre recuperarse físicamente después de la experiencia del parto, pudiendo así atender sus necesidades y las del recién nacido, además de brindarle a éste las condiciones que le permitan su desarrollo, tanto físico como emocional y afectivo durante las primeras semanas de vida¹¹. (subrayas fuera de texto)

En el Segundo caso, esta Corporación ordenó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a una mujer que cotizó como trabajadora independiente, quien sólo había cotizado 8 meses durante su período de gestación. La Corte al respecto dijo:

“... la negativa de la entidad demandada en reconocer y pagar esta prestación, se fundaba en un argumento formal que pretendía hacerse prevalecer sobre el derecho sustancial al descanso remunerado en la época del parto. Para la Corte, además existía duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el periodo de la gestación, como quiera que los

demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002; duda que no podía ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas¹². En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el periodo de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo. Por esta razón, en el caso que fue objeto de revisión, la Corte, aplicó las normas constitucionales que constituyen el plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para sus hijos menores de un año.”¹³ (negrillas y subrayas fuera de texto)

En el tercer caso, la empresa de salud negó el reconocimiento y pago de licencia de maternidad argumentando que el período de cotización no era igual al periodo de gestación sumado a lo anterior, que los pagos que si fueron cancelados, se hicieron de manera extemporánea. Al respecto dijo la Corte:

“Al analizar el caso, esta Corporación encontró que el empleador de la tutelante efectivamente había cotizado 6 meses dentro del periodo de gestación y algunos de los pagos se habían realizado en forma extemporánea. Sin embargo, esta Corte ordenó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la tutelante en razón a que, en primer lugar, aunque extemporáneos algunos pagos, éstos fueron recibidos por la entidad accionada presentándose así el fenómeno del allanamiento a la mora, y, en segundo lugar, pese a que se cotizó seis meses anteriores al parto, manifestó que el no pago de su licencia se traducía en la vulneración del mínimo vital de la tutelante y de su recién nacido hijo.”¹⁴ (negrillas y subrayas fuera de texto)

En el cuarto caso, se negó la licencia de maternidad por parte de la entidad prestadora de salud quien argumentó su negativa de pago en el incumplimiento de las cotizaciones durante el período de gestación de la accionante.

“ La Sala de Revisión encontró que a la tutelante le faltaban por cotizar 4 semanas del periodo legalmente exigido, argumento que, según esta Corte, no podía ser válido para negar el pago de la prestación solicitada debido a que, la accionante no se encontraba laborando y con ello, la licencia de maternidad era la única fuente de ingreso que garantizaba la subsistencia de la madre y de su menor hijo, es decir se constituía en su

mínimo vital, situación que no fue desvirtuada por la entidad demandada.”¹⁵ (subrayas fuera de texto)

De los casos en cita, 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.

5. Madre cabeza de familia. Mínimo vital

Esta Corporación actuando como garante de los derechos fundamentales ha brindado especial protección a las mujeres madres cabeza de familia y en estado de embarazo como también ha brindado especial protección al niño.

Sobre el tema en la Sentencia T-790 de 200516, dijo:

“Sobre la continuidad de los aportes que se deben hacer al sistema, es natural que se dé aplicación, en principio, como lo pretende hacer ver el juez de tutela, a las normas que regulan la continuidad en los aportes, con el fin poder reclamar la licencia a la Entidad Promotora de Salud a la que se esté afiliado. Sin embargo, resulta igualmente claro, como se expuso en la parte considerativa, que la Corte Constitucional, actuando como garante del respeto de la Carta Fundamental y de la garantía de los Derechos fundamentales, brinda protección especial a las mujeres en estado de embarazo y en el período después del parto cuando se encuentre en entredicho la satisfacción del mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido y, con mayor razón, si se trata, como en el caso que ocupa a la Sala, de una madre cabeza de familia que no tiene otro medio de subsistencia que su ingreso ordinario.” (subrayas y negrillas fuera de texto)

En la Sentencia T-999 de 200317, la Corte señaló que el plazo que por ley se exige a la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad no debe ser perentorio que haga nugatorio el derecho que ya tiene la mujer, por cuanto, en éstos casos se estaría desconociendo valores, principios o normas constitucionales. Al respecto argumento:

“No enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa de la entidad accionada en reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital”.

“Lo primero que debemos advertir es que el plazo no puede ser tan perentorio que haga irrito o nugatorio el derecho que ya se tiene.

El plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

Observa la Corte que se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad.”

“En este sentido, la jurisprudencia ha resaltado que “la misión del juez de tutela que constata que por la omisión de las autoridades o los particulares se afectan los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, debe ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que /e (sic) busca proteger, tanto a la madre como a su hijo.”¹⁸ (subrayas y negrillas fuera de texto)

La jurisprudencia de esta Corporación ha resaltado que la función del juez de tutela que observa que por la omisión tanto de las autoridades como de los particulares se afecta los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la subsistencia en condiciones dignas por la falta de un mínimo vital, es su obligación ordenar la protección de los mismos con el fin de obtener el bienestar de la madre y su hijo.

V. CASO CONCRETO

La señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo solicita se le protejan sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital los cuales considera vulnerados por la EPS Solsalud, Seccional Bucaramanga al no autorizar el pago de la licencia de maternidad.

La EPS accionada afirmó que el pago de la licencia de maternidad no le fue autorizado a la accionante por no cumplir con las disposiciones legales vigentes del Sistema General de Seguridad Social¹⁹, que establece los períodos mínimos de cotización que deben cumplirse para que se pueda autorizar el pago en mención.

La accionante impugnó el fallo de primera instancia, argumentando en primer lugar que el juez negó la protección a sus derechos, basándose en una regla general que tiene que ver con el pago de las mesadas pensionales, y no, el que compete al pago de licencia de maternidad. En segundo lugar, que es madre cabeza de familia, que su situación económica es precaria y, que como consecuencia de ello, ha adquirido deudas las cuales no ha podido cancelar por no tener ingresos con los que pueda cumplir con sus obligaciones.

Por su parte, el juez de segunda instancia confirmó el fallo al considerar que la accionante tiene otro medio judicial al que puede acudir para la defensa del derecho trasgredido, como es el proceso ejecutivo laboral; agregó que habiendo transcurrido más de tres (3) meses desde el nacimiento no aparece demostrada la inminencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción.

Para la Sala está claramente probado en el expediente, lo siguiente: a) La accionante se encuentra afiliada a la EPS Solsalud, Seccional Bucaramanga, desde el 7 de mayo de 2004. En efecto, la misma entidad confirmó lo dicho anteriormente mediante escrito de 4 de abril de 2005, así:

“... que la señora Pérez debió haber cotizado ininterrumpidamente su período de gestación, desde el 29 de enero de 2005, teniendo en cuenta que a SOLSALUD EPS venía afiliada desde 07 de mayo/04 realizando un retiro el 28 de febrero/2005, posteriormente se afilia con la empresa SERVIMED - EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO el 01 de mayo/2005, de esta manera dejo de cotizar 02 meses y 02 días para completar las 40 semanas de gestación sin

interrupción,...”²⁰

b) Que para el año 2005, la señora Pérez percibía un salario básico por valor de \$381.000,00 pesos, según formularios de autoliquidación de la EPS Solsalud²¹. Por lo anterior, la accionante al estar cotizando al Sistema de Seguridad Social como trabajadora dependiente sobre un salario básico de \$381.000,00, hace que se presuma la afectación al derecho fundamental al mínimo vital y al de su menor hijo, por el no pago de la licencia de maternidad. Esta presunción no fue desvirtuada por la entidad demandada y por tanto debe tenerse por cierto que el pago de la licencia de maternidad era el único ingreso con el que contaba la tutelante para procurar las necesidades básicas tanto de ella como la de su hijo, siendo ella, madre cabeza de familia.

Este hecho sin lugar a dudas trasciende la órbita meramente legal ya que tiene relevancia constitucional. De allí que los jueces de instancia debieron conceder la acción de tutela, previa inaplicación de las normas legales que exigían un mínimo de cotización igual al de la gestación para reconocer y pagar la licencia de maternidad, al verificar las circunstancias económicas en las que se encontraba la madre y la presunción que gobernaba la situación puesta a su conocimiento.

En este orden de ideas, tenemos que la señora Pérez quien es madre cabeza de familia, cumple con los presupuestos que esta Corporación ha tenido en cuenta para que proceda la acción de tutela en cuanto a la afectación del mínimo vital, como son: a) Haber acudido a la acción de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo²²; b) La accionante percibía un salario de \$381.000,00 pesos lo que hace presumir que la madre obtenía ingresos por el valor equivalente a un salario mínimo para el año 2005, siendo su única fuente de ingreso, correspondiendo lo anterior ser desvirtuado por la entidad demandada, c) La señora Pérez inició su embarazo en enero 29 hasta el 4 de noviembre del 2005, fecha en que nació su hijo. De éste período, la accionante cotizó y canceló siete (7) meses de los nueve (9) que duró su embarazo, d) El reconocimiento del mínimo vital es necesario para que la señora Pérez cubra sus necesidades básicas y las de su menor hijo.

Por lo tanto, en el presente caso encuentra la Sala que el derecho al mínimo vital de la accionante y su menor hijo está siendo vulnerado por parte de la EPS Solsalud, Seccional Bucaramanga al negarse a autorizar el pago de la licencia de maternidad, comprometiendo

de esta manera sus derechos fundamentales a una subsistencia en condiciones dignas, a la vida, a la dignidad como mujer cabeza de familia, y a la protección especial a que tiene derecho según la constitución.

En consecuencia, la Sala inaplicará las normas que regulan un periodo mínimo de semanas de cotización igual al de la gestación para reconocer y ordenar el pago de la licencia de maternidad y en su lugar aplicará las normas superiores que regulan esta garantía doblemente reforzada por la calidad de sujetos inmersos en la misma -madre e hijo-. (arts. 13, 43, 44, 50 y 53 C.P.) y el carácter prevalente que adquieren sus derechos.

Por las razones expuestas, esta Sala revocará los fallos del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar, de 19 de abril de 2006 y el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, Cesar, de 28 de junio de 2006 que declararon improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo en contra de E.P.S. Solsalud de la ciudad de Bucaramanga y en su lugar tutelaré el derecho fundamental al mínimo vital invocado. En consecuencia, ordenaré a E.P.S. Solsalud, de la ciudad de Bucaramanga, que si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR los términos que fueron suspendidos en el presente asunto para mejor proveer mediante Auto de 16 de noviembre de 2006.

SEGUNDO. REVOCAR por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, las sentencias proferidas por los Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Curumaní, Cesar, mediante sentencia de 19 de abril de 2006 y del Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, Cesar, mediante sentencia de 28 de junio de 2006, quienes declararon improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo

en contra de E.P.S. Solsalud, Seccional Bucaramanga y en su lugar, CONCEDER a la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo el derecho fundamental al mínimo vital invocado.

TERCERO. ORDENAR a la E.P.S. Solsalud, Seccional Bucaramanga, que si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo.

CUARTO. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto de la señora Lorena Concepción Pérez Fontalvo, el Decreto 806 de 1998, artículo 63 y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2º.

QUINTO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver entre otras Sentencias, la T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02.

2 Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99,

T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02.

3 Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02 y T-996/02 y T-922 de 2004.

4 Sentencia T-140 de 2005. M.P Humberto Sierra Porto.

5 Su hijo nació el día 20 de diciembre de 2005 y la licencia de maternidad fue autorizada por Coomeva E.P.S., entre la fecha indicada, hasta el 13 de marzo de 2006 (Folio 4 del expediente). De la misma forma, la acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre) mediante Auto de fecha 6 de junio de 2006.

6 En la sentencia T-790 de 2005, la Corte decidió tutelar el derecho al mínimo vital en un caso en el cual a la demandante le faltó por cotizar al sistema de salud por el término de un mes (4 semanas). Se dijo en esa oportunidad: “ Así las cosas, la cotización impagada (Enero de 2004) por la señora Mónica Arévalo Barrantes, cuando no se encontraba vinculada a ningún empleador, a la luz de la normatividad legal, produciría la pérdida inmediata del derecho, pero como se ha dicho en el numeral 8 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, por encima de esa normatividad, de manera excepcional, prevalece la obligación constitucional que tiene el Estado de garantizar la satisfacción del mínimo vital a personas que gozan de protección especial. En esta oportunidad, se reiterará este tipo de protección excepcional a favor de la señora Mónica Arévalo Barrantes y su menor hija.

Excepcionalmente, y de conformidad con las circunstancias que enmarcan este caso, en el que confluyen los hechos de ser madre de un recién nacido y ser madre cabeza de familia, se concederá el amparo solicitado.

Es de anotar que si bien hasta el momento se ha concedido la tutela a madres que habían dejado de cotizar por 15, 11 y 18 días, la protección vía tutela en el presente caso en el cual se dejó de cotizar por un mes se justifica porque, a diferencia, de los casos antes fallados donde no estaba probado que la actora además de ser madre fuera cabeza de familia, está plenamente probado que concurren las dos protecciones constitucionales reforzadas”.

7 En la sentencia T-147 de 2005, sobre el tema se dijo: “Así pues, es evidente la afectación al mínimo vital de la accionante, toda vez que, según lo expresado por la señora Díaz

Buitrago, su cónyuge se encuentra actualmente desempleado y todos los gastos de su grupo familiar deben ser asumidos por ella, en cabeza de quien recae el único ingreso.

En este sentido, la jurisprudencia ha resaltado que “la misión del juez de tutela que constata que por la omisión de las autoridades o los particulares se afectan los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, debe ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que se busca proteger, tanto a la madre como a su hijo.”⁷ “No enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa de la entidad accionada en reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital”. T-999 de 2003”.

8 Según se desprende del punto quinto del escrito de tutela que obra a folio 2 del expediente.

9 Sobre el tema, en la sentencia T-1023 de 2004, la Corte manifestó: “En efecto, en tanto la accionante y su hijo se encuentran en estado de debilidad manifiesta – por tratarse de una trabajadora que acabó de dar a luz y su hijo un recién nacido –, se presume la vulneración de su derecho al mínimo vital y basta la afirmación de la primera en el sentido de que carecen de otros ingresos y atraviesa una difícil situación por el no pago de la licencia de maternidad. A ello se suma la circunstancia de que tales afirmaciones no fueron controvertidas por parte de la entidad demandada, para que, en aplicación del principio de buena fe, se pueda tener por demostrado que se ha presentado la mencionada vulneración”.

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

11 Sentencia T-336 de 2006.

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

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

14 Sentencia T-1205 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

15 Sentencia T- 674 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas.

16 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

19 Decreto 047 del 19 de 2000 Capítulo 1, artículo 3 párrafo 2.

20 Folio 39.

21 Folios del 14 al 33.

22 Su menor hijo nació el 20 de diciembre de 2005, según el registro civil de nacimiento que obra a folio 5 del expediente y la acción de tutela fue admitida mediante providencia del 6 de junio de 2006 (folio 11 del expediente).