

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS

El pago extemporáneo de las cotizaciones realizadas ante las E.P.S. no es causa suficiente para denegar el reconocimiento de una prestación económica, cuando tales pagos han sido recibidos por la E.P.S. encargada de reconocer los beneficios económicos y de salud a las personas usuarias del régimen contributivo. De manera que una Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social no podría recibir el pago de las cotizaciones, sin hesitación y al final de la gestación, cuando ya nada se puede hacer negar la prestación económica alegando incumplimiento, toda vez que la Carta Política protege especialmente a la mujer gestante y al recién nacido y las autoridades y los particulares deben actuar de acuerdo al postulado de la buena fe, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios -artículos 43, 51, 83 y 95 C.P.-.

Referencia: expediente T-1440716

Acción de tutela instaurada por Diana Lucia Alzate Morales contra COMFENALCO EPS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión de los fallos adoptados por los Jueces Quinto Penal Municipal y Veintiocho Penal del Circuito ambos de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Diana Lucía Alzate Morales contra COMFENALCO EPS.

I. ANTECEDENTES

La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, porque la EPS accionada se niega a pagarle la prestación económica por maternidad a la cual tiene derecho, fundada en que sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud no se cancelaron oportunamente.

1. Hechos

Según las pruebas allegadas al expediente, se pueden tener como ciertos los siguientes

hechos:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* A partir del 3 de diciembre de 2005 la EPS accionada le concedió a la actora licencia de maternidad.

* El 10 de febrero del presente año, la accionante presentó solicitud de reconocimiento de la prestación económica por maternidad, la cual fue negada el 28 de febrero siguiente, , porque “los aportes fueron efectuados inoportunamente, no cumpliendo los requisitos requeridos por la normatividad vigente”.

2. Pruebas

2.1 En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Copia del Certificado expedido por COMFENALCO EPS, el 11 de abril de 2006, para dar cuenta de la afiliación de la señora Diana Lucía Alzate Morales al Sistema de Seguridad Social en Salud, “desde el año 2005, mes 04 día 01”.

-Certificado de Incapacidad por maternidad, expedido el 12 de diciembre de 2005, por la institución médica El Rosario de Antioquía a nombre de la accionante.

-Fotocopia de la solicitud presentada a la entidad accionada, por la señora Diana Lucía Alzate Morales, el 10 de febrero de 2006, con el fin de que se le reconociera la prestación económica por maternidad.

-Fotocopia de la respuesta emitida por COMFENALCO EPS el 28 de febrero de 2006, para informar a la actora que “la prestación por este concepto no podrá hacerse efectiva por presentar aportes inoportunos”.

2.2 El Juez Quinto Penal Municipal de Medellín citó a la actora a declarar sobre sus pretensiones y pudo establecer:

-Que desde octubre de 1997, la señora Diana Lucía Alzate Morales cotiza a COMFENALCO EPS.

-Que en calidad de trabajadora independiente, la señora Alzate Morales aportó a la Seguridad Social los días 25 de cada mes, sin que en ningún momento la entidad accionada le haya manifestado inconformidad al respecto, -“ellos a mí nunca me llamaron, ni me escribieron para decirme que estaba haciendo pagos irregulares-.”

-Que tan pronto como conoció la negativa de la entidad, la actora acudió a la Personería de Medellín, con el objeto de solicitar apoyo, pero “la muchacha que me atendió me dijo que a eso no le cabía tutela porque era algo económico, que solo le cabía tutela a los derechos fundamentales”, de manera que la señora Alzate Morales debió consultar varios profesionales del derechos y convenir con uno de ellos que su trabajo sería retribuido de conformidad con el resultado, dada su precaria condición económica.

-Que la accionante tiene a su cargo a “su mamá porque ella no trabaja, mi hija recién nacida y un sobrinito” y que su grupo familiar no cuenta sino con su salario para atender subsistencia, razón por la cual, ante la negativa de la entidad, se vio obligada a trabajar estando incapacitada.

3. La demanda

La señora Diana Lucía Alzate Morales instaura acción de tutela en contra de CONFENALCO EPS, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida.

Manifiesta la actora que se encuentra afiliada a la EPS accionada desde 1997, “desde el mes de agosto de 2004 figuro como trabajadora independiente, ya que por motivos actuales es difícil mantener un contrato laboral estable”.

Afirma que por problemas económicos tuvo dificultades para cancelar oportunamente los aportes como trabajadora independiente, pero que canceló todo lo adeudado, al punto que la EPS le ha brindado tanto a ella como a su hija la atención requerida.

Indica que el 3 de diciembre de 2005 dio a luz a su hija, en la institución médica El Rosario de CONFENALCO EPS, entidad que le expidió el certificado de incapacidad por maternidad N° 473441 por 84 días.

Relata que mediante derecho de petición, radicado ante la entidad accionada el 10 de febrero de 2006, solicitó el reconocimiento de la prestación económica por maternidad, pero

la EPS demandada se la negó aduciendo pagos inoportunos.

Con base en lo anterior, solicita le sean protegidos sus derechos y los de su hija, toda vez que “ por la difícil situación económica que actualmente tengo carezco de medios para darle a mi hija una vida digna”.

4. Respuesta de la entidad accionada

En memorial allegado al expediente de tutela, la apoderada especial de la Caja de Compensación Familiar COMFENALCO Antioquia solicita que se declare improcedente la acción impetrada, porque la actora debe demandar ante el juez del trabajo el reconocimiento y pago de la prestación por maternidad, dado el tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la licencia -12 de diciembre de 2005- y la presentación de la acción que se revisa -27 de abril de 2006-.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Además, la apoderada sostiene que, en los registros de la entidad, la actora figura como trabajadora dependiente, razón por la cual sería su patrono el obligado a pagar la prestación por maternidad, si se considera que las cotizaciones no se pagaron oportunamente.

Manifiesta que para que haya lugar al reconocimiento de la prestación por maternidad se requiere que por lo menos cuatro de las cotizaciones, causadas en los seis meses anteriores al parto, se paguen oportunamente y que el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 dispone que “ cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad (...) o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social, ni entidades Promotoras de Salud, ni de las adaptadas”.

Finalmente aduce que la entidad que representa no vulnera el mínimo vital de la actora y de su hija recién nacida, dado el tiempo transcurrido entre el alumbramiento de la pequeña y la presentación de la acción.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1 Fallo de primera instancia

El Juzgado Quinto Penal Municipal de Medellín, en Sentencia del 11 de mayo del 2006, deniega por improcedente el amparo de tutela promovido por la señora Diana Lucía Alzate Morales, por considerar que no se advierte vulneración de los derechos fundamentales de la actora y de su hija.

Sostiene el a quo que durante el periodo de licencia “y de acuerdo a las penurias padecidas en el momento mismo de que naciera su hija, sí era procedente la tutela, al menos como mecanismo transitorio subsidiario; pero al dejar pasar el tiempo, ésta mera circunstancia hace improcedente en estos momentos su pretensión”.

Considera el fallador de instancia que la accionante debe acudir ante el juez laboral, en procura de solucionar el conflicto surgido con la EPS accionada por el pago de la prestación económica por maternidad y aclara que “el actual empleador ninguna responsabilidad tiene en el asunto bajo examen, al haberse presentado el alumbramiento en época pretérita al contrato laboral que ahora cobija a la señora Alzate Morales”.

5.2 Fallo de segunda instancia

El Juez Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, mediante providencia del 3 de agosto de 2006, confirma la decisión de primera instancia, con base en los mismos argumentos esgrimidos por el a quo.

Sostiene que por tratarse de un “ hecho superado ya no puede ser objeto de protección por esta vía, sino de la jurisdicción laboral”, toda vez que la demandante cuenta con un empleo estable, que le permite percibir los ingresos que requiere para atender su subsistencia y la de su familia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 12 de octubre de 2006, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala revisar los fallos de instancia, proferidos por los Juzgados Quinto Penal Municipal y Veintiocho Penal del Circuito ambos de Medellín, que niegan por improcedente la acción de tutela impetrada por la señora Diana Lucia Alzate Morales contra COMFENALCO EPS, por vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana.

Ahora bien, la controversia planteada tiene que ver con el derecho de la actora a la prestación económica por maternidad y la negativa de la EPS accionada, fundada en que la señora Alzate Morales no aportó al Sistema en la oportunidad debida, sin perjuicio de que la misma aceptó los pagos sin objeción alguna sobre su extemporaneidad.

Los Jueces de instancia, por su parte, consideran que la señora Alzate Morales debe demandar ante la justicia ordinaria el pago de la prestación económica por maternidad, toda vez que en la actualidad cuenta con un empleo estable que le permite velar por su subsistencia y la de su familia y nada reclamó mientras afrontaba las dificultades ocasionadas por la negativa de la EPS al pago de la prestación.

De manera que para adoptar la decisión que corresponde, la Sala deberá reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger a la mujer gestante y al recién nacido durante su primer año de vida y la obligación de las entidades promotoras de salud de pagar la licencia de maternidad, siempre que la madre cotice al Sistema durante el periodo de la gestación.

3. Consideraciones preliminares

3.1. Protección constitucional a la maternidad. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 43 de la Carta Política prevé la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer y la protección especial de ésta última durante el embarazo, después del parto y frente a las responsabilidades familiares que la misma debe asumir¹.

También la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y a la vez preceptúa que el recién nacido ostenta una especial condición, durante el primer año de vida -artículos 44 y 51 C.P.2-.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo estipula, en su artículo 236, que “Toda mujer trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar al descanso (...)”.

Quiere decir, entonces, que el derecho de la madre a disfrutar de 84 días de incapacidad y percibir en tanto la remuneración que devengaba al entrar al descanso, se sustenta en las disposiciones constitucionales sobre protección a la mujer y al recién nacido, que propenden por establecer condiciones para que la madre recupere su salud y prodigue al pequeño los cuidados que el mismo demanda. 3

Señala la jurisprudencia constitucional:

“La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que la licencia de maternidad genera dos situaciones particulares: se instituyó como una garantía laboral que tiene la mujer que ha dado a luz, para disponer de un periodo de ochenta y cuatro (84) días,

a efectos de recuperarse físicamente y poder permanecer al lado de su nuevo hijo, y, de otra parte, garantizarle un ingreso económico que percibiría si siguiera laborando normalmente, y que tiene objeto también, respaldar los gastos de la madre y su hijo. De esta manera el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad garantiza la subsistencia de la madre y el niño, mientras la madre se reincorpora a su actividad laboral” 4.

En este orden de ideas, la protección a la maternidad ostenta rango constitucional y, en consecuencia, el juez de tutela es competente para restablecerlo siempre que se desconozca, ya fuere porque se niegue la licencia o se impongan restricciones al derecho de la madre a la prestación económica, durante el embarazo, después del parto y hasta que el infante alcance el primer año de vida. Señala la Corte⁵:

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

Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala

que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido”6.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como se ve, durante el año siguiente al alumbramiento la mujer gestante puede acudir en demanda de amparo ante el juez constitucional, para lograr el reconocimiento y pago de las prestaciones por maternidad⁷, sin que para el efecto interese que se encuentre laborando, sin perjuicio de la competencia de la justicia del trabajo, porque la acción ordinaria laboral no resulta eficaz para hacer efectivos los derechos de la mujer y del recién nacido a gozar de especial asistencia y protección, durante el embarazo, el parto y el primer año de vida, del recién nacido.⁸

En este sentido la jurisprudencia constitucional ha señalado⁹:

“El auxilio de maternidad corresponde a un derecho de origen legal cuyo sustento constitucional se encuentra en los artículos 43 y 53 de la C.P. Como quiera que para su pago coactivo existe un medio judicial ordinario - el proceso ejecutivo -, suficientemente idóneo, en principio no es de recibo que este tipo de reclamaciones se surta a través de la acción de tutela (C.P. art. 86). En el caso presente, la determinación del sujeto público que debe asumir el pago de la prestación, lo mismo que su cancelación efectiva, son extremos que están por fuera de la jurisdicción constitucional.

Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso ejecutivo laboral, algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, se ha señalado - en situaciones particulares que no pueden generalizarse - tratándose de la empleada gestante de escasos recursos que reclama el pago oportuno de un derecho social indiscutiblemente radicado en su cabeza, que la vía ordinaria resultaría inapropiada, pues en sus circunstancias especiales, la oportunidad de contar con recursos para atender el parto y el período inmediatamente posterior es lo que definitivamente tiene importancia (Corte Constitucional, sentencia T-606 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz)”.

1. El pago oportuno de las cotizaciones

De conformidad con los artículos 3º del Decreto 047 de 2000 y 21 del Decreto 1804 de 1999, para acceder a la prestación económica por maternidad, la trabajadora deberá haber

cotizado ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, durante el periodo de gestación y efectuado el pago oportuno de no menos cuatro cotizaciones, durante los seis meses anteriores al parto. Señalan las disposiciones, en su orden:

“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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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”.

“Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis(6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.(...) Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema”.

Sin embargo, la Corte ha considerado que cuando las Entidades Prestadoras de Salud aceptan pagos extemporáneos no pueden negarse al reconocimiento de la prestación, porque no es dable sustraerse al cumplimiento de una obligación alegando una mora allanada y por ende consentida.¹⁰

Indica la jurisprudencia constitucional: 11

“La Corte Constitucional ha sido reiterativa¹² al afirmar que cuando se presenta un pago extemporáneo a la fecha límite de pago mensual de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y la EPS no alega la mora en el momento de la cancelación de los aportes por parte del empleador, posteriormente, no puede negarse al pago de la prestación económica del trabajador por este hecho, pues no puede ser la parte más débil en esta relación, es

decir, el beneficiario de la prestación, quien sufra las consecuencias de la conducta negligente tanto del empleador por pagar extemporáneamente como de la E.P.S. por no buscar el pago por los medios jurídicos que se han dispuesto para ello”.

Quiere decir entonces que las Entidades Promotoras de Salud no pueden negar a la madre la prestación económica por maternidad, alegando la cancelación inoportuna de las cotizaciones y que, de ser esto así, el juez de amparo tendrá que ordenar su reconocimiento y pago i) porque contraría el postulado constitucional de la buena fe y da lugar a un comportamiento abusivo, valerse de la indebida ejecución de las prestaciones, luego de haber consentido en ella, para sustraerse al pago de lo convenido y ii) debido a que la mujer y el recién nacido gozan de la especial protección del Estado, durante el embarazo y después del parto.

Cosa diferente sucede si la mujer no cotizó al Sistema durante algunos periodos, pues en este caso lo conducente tiene que ver con establecer las causas de la interrupción y la trascendencia de la misma, para determinar si corresponde al empleador hacerse cargo de la prestación.

Al respecto señala la jurisprudencia constitucional: 13

“... cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida, aunque por fuera de la fecha límite de pago establecida por las normas reglamentarias, o se ha omitido el pago de alguna cotización durante el período exigido, pero la entidad promotora de salud ha hecho caso omiso de ello sin pronunciarse oportunamente, la

reiterada jurisprudencia de la Corte ha previsto el fenómeno del allanamiento a la mora; en tales supuestos la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad. Por lo demás, no es de recibo que la parte débil - madre y recién nacido-, deban soportar las controversias suscitadas en torno a la relación contractual del empleador y la E.P.S., en perjuicio del mínimo vital de la madre.14”.

En el mismo sentido la Sentencia T-1168 de 200515, M.P. Alvaro Tafur Galvis, señaló:

“ Se puede concluir entonces, que una “Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos”.

En este orden de ideas, el pago extemporáneo de las cotizaciones realizadas ante las E.P.S. no es causa suficiente para denegar el reconocimiento de una prestación económica, cuando tales pagos han sido recibidos por la E.P.S. encargada de reconocer los beneficios económicos y de salud a las personas usuarias del régimen contributivo.

De manera que una Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social no podría recibir el pago de las cotizaciones, sin hesitación y al final de la gestación, cuando ya nada se puede hacer negar la prestación económica alegando incumplimiento, toda vez que la Carta Política protege especialmente a la mujer gestante y al recién nacido y las autoridades y los particulares deben actuar de acuerdo al postulado de la buena fe, respetando los derechos ajenos y no abusando de los propios -artículos 43, 51, 83 y 95 C.P.-.

1. Caso Concreto. La Sentencia de instancia será revocada

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Efectivamente, durante el año 2005, a raíz del cambio de su afiliación al Sistema, de trabajadora dependiente a independiente y por ende responsable del pago de sus aportes, la señora Alzate Morales cotizó al Sistema de Seguridad Social ininterrumpidamente, el 25 de cada mes, sin que en ningún momento la entidad accionada le haya manifestado inconformidad alguna. Por ello COMFENALCO E.P.S. no puede sustraerse del cumplimiento de su obligación, sino que tendrá que ser consecuente con su aceptación y proceder al pago inmediato de la licencia.

Lo contrario sería aceptar que resulta posible ofrecer unas condiciones para recibir las cotizaciones y modificarlas a conveniencia, ad portas de hacer efectiva la prestación correlativa, vulnerando, de esta manera, el postulado de la buena fe y haciendo nugatorias las previsiones constitucionales sobre protección a la mujer gestante y al recién nacido.

De manera que las sentencias de instancia serán revocadas, porque la actora solicitó a la accionada el pago de la prestación económica por maternidad, durante el primer año de vida

del recién nacido y en el mismo periodo acudió ante el juez de amparo, en demanda de protección.

Además, en atención a las manifestaciones de la actora, acorde con las cuales la señora Alzate Morales acudió a la Personería de Medellín y no obtuvo asistencia para acudir en demanda de amparo constitucional, ante la vulneración de que estaba siendo víctima, resulta del caso informar al Personero de la ocurrido, para que en los términos del artículo 118 constitucional adelante las investigaciones e imponga los correctivos del caso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por los Jueces Quinto Penal Municipal y Veintiocho Penal del Circuito ambos de Medellín, el 11 de mayo y el 3 de agosto del 2006, para decidir la acción de tutela instaurada por Diana Lucía Alzate Morales contra COMFENALCO EPS.

Segundo. CONCEDER a la señora Diana Lucía Alzate Morales el amparo de su derecho

fundamental a gozar de la especial asistencia y protección del Estado.

En consecuencia ORDENAR a COMFENALCO EPS que, en las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar a la actora la prestación por maternidad a la que la misma tiene derecho.

Tercero.- Dar cuenta al señor Personero de Medellín, sobre la declaración rendida por la actora ante el Juez Quinto Penal Municipal de la misma ciudad, que indica que la misma acudió ante la entidad, ante la vulneración de que estaba siendo víctima y no obtuvo asistencia, para que adelante las investigaciones e impongan los correctivos del caso. Oficiése por la Secretaría General de esta Corporación y remítase copia de esta providencia.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En este sentido el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece como obligación de los Estados Parte prodigar medidas adecuadas para que la maternidad no se convierta en un factor de discriminación contra la mujer. Para el efecto señala que los Estados deben “implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales”.

De igual manera el numeral 1° del artículo 4° del Convenio sobre la protección de la maternidad -C 183- de 2000- dispone que “Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas”.

En el mismo sentido la Recomendación sobre la protección de la maternidad -R 191-2000-, señala que “Los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el artículo 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos.”

2Constitución Política. Artículo 44.- “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.” .

3Sobre las prestaciones a las cuales tiene derecho la mujer trabajadora el Convenio 103 de 1952 de la OIT, dispone:

“Artículo 3: 1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante

presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.

3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda. (..)

Artículo 4:1. Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas.

2. Las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. (..)”.

4Sentencia T-743A de 2000.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5Sentencia T-999 de 2003 M.P. Jaime Araujo Renteria en igual sentido consultar Sentencia T-444 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

7 Consultar, entre otras, las sentencias T-075; T-157; T-161; T-473; T-572;T-736 y T-1224 todas de 2001.

8 En este sentido las sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1998, T-365 de 1999 y T-458 de 1999, entre otras.

9 Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

10 Ver las sentencias T-270 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-458 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-473 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-664 de 2002, M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra; T-880 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-271 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

11 Sentencia T-1085 de 2005 MP Alfredo Beltrán Sierra

12 En este sentido, sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-473/01, T-513/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02, T-996/02, T-615 de 2004, T-897 de 2004 y T-922 de 2004.

13 Sentencia T-271 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería

14 Para mayor información ver sentencias T-059/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-458/99 Alfredo Beltrán Sierra, T-765/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-473/01 Eduardo Montealegre Lynett, T-221/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-664/02 Marco Gerardo Monroy Cabra, T-707/02 M.P. Rodrigo escobar Gil T-880/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

15 M.P. Alvaro Tafur Galvis.