

Sentencia T-1113/08

DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Carácter vinculante

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia sobre reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes acumulados T-1972589, T-1974929, T-1976812, T-1980269 y T-1980973.

Acciones de tutela instauradas por Jacqueline González Correa, Marina Esther Orozco Noriega, Lury Carolina López Acero, Claudia Padilla López y Arkerla Marjorie Serrano Grisales contra las entidades promotoras de salud SaludTotal, Coomeva, Seguro Social y Sánitas, respectivamente.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

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

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados dentro de los expedientes de la referencia por los juzgados 6 Penal Municipal de Ibagué (T-1972589), 2 Penal Municipal y 8 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla (T-1974929), 6 Civil Municipal y 9 Civil del Circuito de Bucaramanga (T-1976812), 6 Penal del Circuito y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (T-1980269) y 45 Civil Municipal de Bogotá (T-1980973).

La Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional mediante Auto del 1º de agosto de 2008, decidió acumular los expedientes mencionados al considerar que guardaban unidad

de materia, para que los fallos proferidos en dichas actuaciones fueran revisados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamentos comunes de las acciones de tutela y recuento del trámite constitucional surtido en las instancias

En todos los expedientes, el supuesto fáctico de los casos de forma general, corresponde a aquella situación en la que una madre trabajadora afiliada como dependiente o independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud solicita a la entidad promotora de salud a la que ha venido cancelando los aportes, que le reconozca y pague la licencia de maternidad porque considera tener derecho, en razón del parto de su hijo y obtiene respuesta negativa fundada en que la trabajadora no cumple con los requisitos que establecen los Decretos reglamentarios 806 de 19981 y 047 de 2000.2

Concretamente, la negativa de las entidades promotoras de salud consiste en que no existe coincidencia entre el periodo de gestación y el periodo de cotización de las accionantes, quienes en todos los casos, señalaron que no cuentan con recursos económicos para procurar una digna subsistencia a sus hijos recién nacidos en tanto sólo devengan un salario mínimo, siendo algunas de ellas madres cabezas de familia y enfrentan una difícil situación económica. En el caso de la señora Arkerla Marjorie Serrano Grisales (T-1980973) se acreditó que ganaba \$700.000.

Las entidades promotoras de salud,3 por su parte, dentro del trámite de tutela reiteraron las razones que tuvieron para negar en su momento el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad solicitadas, invocando para el efecto, las disposiciones reglamentarias que establecen los requisitos en que se estructura esa prestación social.

Finalmente, los jueces de instancia, negaron la protección constitucional solicitada por las madres trabajadoras reconociendo que las tutelantes no cumplían con los requisitos contemplados en los actos administrativos invocados por las entidades promotoras de salud para acceder al pago de la licencia de maternidad.

En el siguiente cuadro se identificarán las particularidades de cada caso:

Accionante

Fecha de interposición de la tutela (i) y de ocurrencia del parto (ii)

(i)Tipo afiliación

(ii)Fecha afiliación

Periodo cotizado para efectos de la licencia

Tiempo gestación

EPS accionada y razón de la negativa entidad

Fallo de primera instancia objeto de revisión

Fallo de segunda instancia objeto de revisión

1.T-1972589

Jacqueline González Correa

i)Marzo 14/08

ii)Dic 17/07

i)Dependiente

ii) Mayo /07

9 meses4

10 meses y una semana

SaludTotal No haber cotizado durante todo el periodo de gestación.

Juzgado 6 Penal Municipal de Ibagué. 11/04/07. Deniega la protección por no cumplirse con los requisitos vigentes para el pago de la prestación económica.

2. T-1974929 Marina Esther Orozco Noriega

i)Enero 15/08

ii)Agosto 28/07

i)Independiente

ii)Marzo 12/07

6 meses

10 meses

SaludTotal No cotizó durante todo el período de gestación y mala fe al momento de la afiliación.

Juzgado 2 Penal Municipal de Barranquilla.1/2/08. Deniega la protección por no cumplirse con

los requisitos vigentes para el pago de la prestación económica.

Juzgado 8 Penal del Circuito de Barranquilla.14/4/08 Confirma por no haberse acreditado la afectación al mínimo vital de la tutelante.

3. T-1976812 Lury Carolina López Acero

i)Febrero 25/08

i) Dependiente

ii) Junio 22/06 hasta junio/07

i)Independiente

ii)Julio 12/07

9 meses

10 meses y una semana

Coomeva No cotizó durante todo el período de gestación.

Juzgado 6 Civil Municipal Bucaramanga 6/3/08 Deniega la protección por no cumplirse con los requisitos vigentes para el pago de la prestación económica.

Juzgado 9 Civil del Circuito Bucaramanga 22/04/08

Confirma por las mismas razones la decisión de primera instancia.

4. T-1980269 Claudia Padilla López

i)Dic 12/07

ii)Sep 9/07

i) Dependiente

ii) hasta Mayo/07

i) Independiente

ii) Agosto 12/07

7 meses

9 meses

Seguro Social

No cotizó durante todo el período de gestación.

Juzgado 6 Penal del Circuito de Barranquilla 22/1/08 Deniega la protección por no cumplirse con los requisitos vigentes para el pago de la prestación económica.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Penal 6/3/08

Confirma por considerar que la tutelante tiene otros medios de defensa judicial

5. T-1980973 Arkerla Marjorie Serrano Grisales

i) Junio 4/08

ii) Abril 13/08

i) Dependiente

ii) Sep 8/07

7 meses y 3semanas

9 meses

Sanitas

No cotizó durante todo el período de gestación.

Juzgado 45 Civil Municipal Bogotá 16/6/08

Deniega la protección por no cumplirse con los requisitos vigentes para el pago de la prestación económica.

1. Intervenciones ante la Sala de Revisión

Dentro de los expedientes T-1972589 y T-1974929 la EPS SaludTotal, a través de apoderado, intervino ante la Sala para solicitar que los fallos objeto de revisión que denegaron la protección constitucional solicitada por sus afiliadas sean confirmados.

Fundamentó esa petición en los mismos argumentos expuestos ante el juez de primera instancia y concretamente en el incumplimiento por parte de las trabajadoras de lo dispuesto en el numeral 2 del Decreto 047 de 2000.

En el caso de la señora Marina Esther Orozco Noriega (T-1974929) de forma especial, resaltó que la accionante tuvo una afiliación como trabajadora dependiente entre el 10/01/06 y el 01/01/07 y que posteriormente registró una afiliación como trabajadora independiente el 12 de marzo de 2007, precisó que a pesar de que la accionante con anterioridad a su afiliación como independiente ya venía recibiendo la atención en salud en razón de su estado de embarazo,⁵ en el formato de declaración del estado de salud por ella diligenciado afirmó que no se encontraba embarazada⁶, lo cual a juicio de la EPS configura un acto de mala fe que debe tenerse en cuenta como argumento adicional para negar la prestación económica reclamada en los términos del artículo 21 numeral 3 del Decreto reglamentario 1804 de 1999.⁷

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problemas jurídicos

La Sala debe determinar si la negativa de las entidades accionadas de reconocer y pagar la

licencia de maternidad solicitada por las trabajadoras tutelantes cuyos períodos de cotización no corresponden al período de gestación de sus hijos, vulnera el derecho al mínimo de vital tanto de éstas como de los recién nacidos, impidiéndoles procurarse una digna subsistencia en razón de la difícil situación económica que enfrentan.

En el caso del expediente T-1974929 se resolverá, además, si el hecho que la accionante no haya suministrado información veraz al momento de su afiliación como trabajadora independiente debe tener como consecuencia la privación de la licencia de maternidad tanto para ella como para su bebé.

2. Labor de reiteración de los jueces de tutela. Deber de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad de trato jurídico

El funcionario judicial que enfrenta en sede constitucional un problema jurídico como el planteado en el presente asunto, ha de identificar si se trata de un caso rutinario, dado que la causa de la frecuencia con que son analizados por las diferentes Salas de Revisión y la multiplicidad de patrones fácticos en los que han sido estudiados por el supremo intérprete de la Constitución, existe una solución anticipada que el juez de tutela no puede eludir.

En la adopción de la solución al problema jurídico, enmarcada dentro de su autonomía para interpretar los derechos fundamentales que, en cada caso, se puedan estar amenazando o violando, el juez de tutela no puede olvidar que la primera fuente de Derecho en el sistema normativo estructurado en nuestro Estado social de Derecho es la Constitución Política, norma jurídica que entre otros cánones hermenéuticos prescribe que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”⁸

Así, cuando una persona acude en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 229 C.P.) ante la jurisdicción constitucional, el funcionario judicial que la ejerce, para ese caso concreto, debe tener presente que la solución del problema jurídico que surja del asunto sometido a su consideración no puede ser la que considere a su leal saber y entender, sino que ha de estar condicionada a la plena protección del derecho a la igualdad de trato jurídico que consagran algunos de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia,⁹ que integran el bloque de constitucionalidad y que armonizan con la cláusula del artículo 13 Superior.

Una aplicación de la justicia constitucional en un sentido contrario, además de ser antitécnica, lesionaría gravemente el derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico que, al carecer de justificación, generaría una clara discriminación para quienes acudieron ante el juez de tutela con la expectativa de obtener la misma protección que la jurisdicción constitucional otorgó a las personas que, con anterioridad a que la Corte Constitucional fijara la regla jurisprudencial aplicable, se encontraban en la misma situación, quebrantándose de esa manera la confianza legítima (art.83 C.P.) y la seguridad jurídica que irradian todo el sistema normativo.

De esta manera, si ya la Corte Constitucional previamente a la interposición de la acción de tutela por las madres trabajadoras que reclaman el pago de su licencia de maternidad había fijado el sentido y alcance de la protección especial de que son titulares éstas después del parto, de la procedencia excepcional de la acción de tutela en estos casos y del amparo del derecho al mínimo vital de los recién nacidos y de sus progenitoras, la única alternativa que tendría un juez de instancia para no aplicar la regla jurisprudencial fijada por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, so pena de violar el derecho a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica, es la de presentar razones claras, poderosas y suficientes que le permitan cumplir una estricta carga de argumentación en aras de justificar su decisión.

Ya la Corte en la Sentencia T-566 de 1998 precisó sobre este particular que “en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia. El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez. Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.” 10 (Resaltado fuera de texto).

Desde 1992 a la fecha, esta Corporación ha construido en desarrollo de su competencia de unificar el sentido y alcance de los derechos constitucionales (art. 241-9 C.P.), reglas jurisprudenciales que delimitan la discrecionalidad de quien aplicando directamente la Constitución, a un caso concreto, tiene múltiples posibilidades de decisión dada la textura abierta de las cláusulas superiores.

De allí que conforme lo ha precisado esta Corporación,¹² la eventual revisión de los fallos de tutela por parte del máximo y auténtico intérprete de la Constitución cumple dos funciones: i) una primaria que reside en la consolidación y armonización de la jurisprudencia relativa a la efectividad de los postulados y mandatos superiores en materia de derechos fundamentales y ii) una secundaria tendiente a determinar, en cada caso si los fallos objeto de revisión se ajustan o no a la Constitución.

Los jueces de instancia y demás operadores jurídicos, entonces, han de servirse de dichas reglas jurisprudenciales para resolver problemas jurídicos ya definidos por la Corte puesto que “en últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.”¹³

Por lo anterior, la técnica de aplicación de la Constitución dada la gran cantidad de reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación es la reiteración¹⁴ que de una parte, maximiza la función primaria de revisión de los fallos que realiza la Corte Constitucional y por la otra, asegura la efectividad de derechos a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica que estructuran la fuerza vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de control de constitucionalidad concreto.

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

En consideración a que esta Corporación mediante la Sentencia T-136 de 2008¹⁵ ya ha resuelto idénticos problemas jurídicos como los planteados en los expedientes acumulados en este trámite de revisión, esta Sala reiterará las reglas jurisprudenciales que allí fueron sistematizadas a cada caso concreto.

En efecto, en dicha providencia se estableció:

1. Que la licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,¹⁶ conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

2. Que el Estado debe propender hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios esenciales de la fórmula política acogida en el artículo 1 Superior. La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano.

3. Que la regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la Sentencia T-139 de 199917: “4.4. No existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia”.

4. Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño.

5. Que en los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.”¹⁸ Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del

pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.

6. Que el derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”¹⁹

7. Que cuando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto. En efecto, el juez de tutela tiene un deber oficioso que no puede limitarse a la valoración aislada del acervo probatorio que se aporte, sino que debe además analizar la situación particular de la accionante.

8. Que las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.

9. Que la negligencia de las entidades promotoras de salud en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en los contratos bilaterales se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido. De allí que los pagos extemporáneos recibidos, sin objeción, por la EPS configure un allanamiento a la mora.

10. Que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre

gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.

4. Casos concretos

Del material probatorio que reposa en los expedientes se advierte que en todos los casos, se cumplió la regla número 4 en tanto todas las accionantes promovieron el reclamo de protección constitucional dentro del año siguiente al nacimiento de sus respectivos bebés.

Además, no sólo ninguna de las entidades promotoras de salud logró desvirtuar la presunción de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de los hijos menores de un año de las accionantes, la mayoría cabezas de familia, sino que de las manifestaciones que se hicieran por las trabajadoras ante los jueces de instancia, se evidencia que se encuentran en una grave situación económica que pone en riesgo la digna subsistencia de la madre y de su bebé. En el caso de la señora Arkerla Marjorie Serrano Grisales (T-1980973) está acreditado que ésta devengaba \$700.000 lo cual podría influir en la decisión de no amparar su mínimo vital y el de su hija. No obstante, como lo señaló la Corte en la Sentencia T-794 de 200820 “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Empero, otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, se puede afirmar que el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.” Así, quedan también cumplidas las reglas números 3 y 6.

Conforme a la regla número 10, en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia

de maternidad, mientras que en los casos en que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, el pago se hará en proporción al tiempo cotizado.

Así encontramos que en el caso de las señoras Jacqueline González Correa (T-1972589), Lury Carolina López Acero (T-1976812), Claudia Padilla López (T-1980269) y Arkerla Marjorie Serrano Grisales (T-1980973), la diferencia entre el período de gestación y el de cotización no supera los dos meses. Aplicada la regla reseñada, se tiene entonces, que en el presente asunto habrá que ordenar que respecto de dichas trabajadoras las entidades promotoras de salud de las cuales son usuarias respectivamente paguen la totalidad de la licencia de maternidad a las que tienen derecho.

El caso de la señora Marina Esther Orozco Noriega (T-1974929) presenta una particularidad que impone a la Sala resolver un problema jurídico adicional que como quedó planteado consiste en determinar si el hecho de que la accionante no haya suministrado información veraz al momento de su afiliación como trabajadora independiente debe tener como consecuencia la privación de la licencia de maternidad tanto para ella como para su bebé.

Ya se ha sostenido al igual que los otros tres casos que ocupan la atención de la Corte que están satisfechas las reglas 3, 4 y 6. Por lo cual, lo que corresponde es determinar si el pago de la prestación económica debe ser total o proporcional.

Según la EPS tutelada, la accionante se afilió como independiente el 12 de marzo de 2007, sin embargo, la Sala constata que para la fecha probable de inicio del embarazo (noviembre de 2006), la trabajadora estuvo afiliada como independiente hasta el 1º de enero de 2007, esto significa que el cómputo de las semanas cotizadas debe incluir los meses de noviembre y diciembre de 2006, por cuanto en este caso, contrario a lo que pretende SaludTotal, no hay lugar a aplicar el inciso segundo del numeral 1º del Decreto reglamentario 1804 de 1999 que establece que “cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.”

En efecto, si la señora Marina Esther Orozco Noriega ya había ingresado al Sistema de

Seguridad Social Integral desde el año 2006 dichos periodos deben ser computados a los de su afiliación como independiente de forma tal que, en este caso el periodo de cotización sea de ocho meses mientras que el de gestación de diez, y por lo mismo, en los términos de la regla 10, se debía pagar a la accionante la totalidad de la prestación económica reclamada.

Sin embargo, antes de disponer si hay lugar al pago, la Sala considera pertinente analizar las consecuencias de la reprochable conducta de la señora Orozco Noriega que al momento de su afiliación como trabajadora independiente negó su estado de embarazo cuando por demás ya había acudido a la misma EPS a practicarse controles médicos prenatales.

La Corte no encuentra en el expediente, ninguna justificación de la conducta de la accionante quien como bien lo señala la EPS tutelada con ese proceder no observó “los postulados de la buena fe” (art. 83 C.P.) quebrantando, de esa manera, la obligación (artículo 95 C.P.) que como persona y ciudadana tenía de cumplir la Constitución.

Esta Sala rechaza y considera inadmisibles prácticas de trabajadoras que faltan a la verdad al momento de diligenciar los formatos en que se les pregunta sobre su estado de salud y niegan su condición de embarazadas, en tanto que ese tipo de conductas atentan contra la “convivencia”, valor constitucional contenido en el Preámbulo de nuestra Carta Política y que presupone que los diferentes miembros de la sociedad colombiana puedan confiar los unos en los otros, lo cual tiene como presupuesto que todos observen sus deberes constitucionales entre ellos obrar en todo momento de buena fe.

Estas circunstancias podrían, prima facie, generar la pérdida de la licencia de maternidad de la accionante establecida en el artículo 21 numeral 3 del Decreto reglamentario 1804 de 1999 en tanto la trabajadora no cumplió con uno de los presupuestos para su reconocimiento como era el suministrar “información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema”.

No obstante, hay dos razones que impiden al juez constitucional optar por ese entendimiento y negar la protección solicitada. En primer lugar, como se trata de una decisión restrictiva de un derecho fundamental por conexidad como es la licencia de maternidad²¹, debe mediar previamente a cualquier decisión un procedimiento que garantice efectivamente el derecho de defensa y de contradicción (art. 29 C.P.) el cual en este caso no fue surtido por la EPS.

Reafirma lo anterior, las documentales obrantes a folios 5 y 7 del expediente que contienen respectivamente el certificado de licencia de maternidad y el formato de negación de servicios, en los cuales no se cuestiona el incumplimiento del deber de la trabajadora de brindar información veraz dentro de los documentos de afiliación. En este sentido, el presunto quebrantamiento del artículo 21 numeral 3 del Decreto reglamentario 1804 de 1999 sólo fue invocado por la EPS en sede de tutela y no con anterioridad a la decisión de negar la licencia de maternidad por lo que mal podría sorprenderse con este argumento para negarle su derecho, so pena de violar el derecho a ser oído²² de que es titular la accionante.

La segunda razón tiene que ver con la existencia de un beneficiario de la licencia de maternidad adicional a la madre trabajadora que es el niño o la niña recién nacida. En este sentido, cualquier decisión que llegara a adoptarse respecto de la prestación económica indicadora directamente en el mínimo vital del niño o niña menor de un año que tiene protección especial por parte del Estado (arts. 44 y 50 C.P.) y respecto del cual se presume su indefensión (art. 42 Decreto 2591/91).

En todo caso, como la hija de la accionante es menor de edad, la decisión respecto de la licencia debe observar el artículo 3.1 de la Convención sobre derechos del niño conforme a la cual “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

El principio de prevalencia del interés superior del menor (art. 44 C.P.), conforme lo tiene establecido esta Corte, “debe incorporarse como eje central del análisis constitucional”.²³ También ha dicho este Tribunal Constitucional que “dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,²⁴ consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.”²⁵

De esta manera, acceder a las solicitudes de SaludTotal EPS formuladas tanto ante el juez de instancia como en sede revisión desconocería el principio de prevalencia del interés superior

de la hija de la accionante, quien en todo caso no puede sufrir las consecuencias del actuar de su progenitora.

Por lo anterior, se ampara el derecho de Marina Esther Orozco Noriega y de su menor hija, sin perjuicio de las actuaciones que SaludTotal EPS realice para el control de la afiliación de dicha trabajadora en los términos del Decreto 1703 de 200226 y demás normas concordantes, las cuales en todo caso deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de defensa, contradicción y debido proceso.

En síntesis, se revocará la totalidad de los fallos objeto de revisión en razón a que soslayaron la técnica de reiteración para aplicación de la Constitución en escenarios constitucionales y la resolución de problemas jurídicos como los reseñados en esta providencia, a pesar de la existencia de reglas jurisprudenciales para tal fin.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Jacqueline González Correa (T-1972589) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Marina Esther Orozco Noriega (T-1974929) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital, con las precisiones hechas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- ORDENAR al representante legal de Saludtotal EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Marina Esther Orozco Noriega, si todavía no lo ha hecho.

Quinto.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Lury Carolina López Acero (T-1976812) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

Sexto.- ORDENAR al representante legal de Coomeva EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Lury Carolina López Acero, si todavía no lo ha hecho.

Séptimo.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Claudia Padilla López (T-1980269) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

Noveno.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, D.C., dentro de la acción de tutela promovida por la señora Arkerla Marjorie Serrano Grisales (T-1980973) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hija recién nacida al mínimo vital.

Décimo.- ORDENAR al representante legal de Sánitas EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Arkerla Marjorie Serrano Grisales, si todavía no lo ha hecho.

Décimo primero.- INAPLICAR con base en el artículo 4 de la Carta Política para los casos concretos examinados en este trámite de revisión, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 3 numeral 2º del Decreto 047 de 2000.

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

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Esta normativa establece “Artículo 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 al período de gestación.” (Resaltado fuera de texto)

2 Establece el numeral 2 del artículo 3 de dicho acto administrativo: “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.”(Resaltado fuera de texto)

3 En el expediente T-1980269 la EPS Seguro Social a pesar de haber sido notificada de la iniciación del trámite constitucional, guardó silencio

4 En el mes de mayo de 2007 sólo fueron cotizados 17 días. Folio 5 del expediente.

5 A folios 40 a 48 del expediente obra copia de la historia clínica de la accionante en donde se evidencia que en diciembre de 2006 y el 11 de enero de 2007 asistió a controles prenatales.

7 Establece esta disposición “Artículo 21. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS. 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: 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.”

8 Artículo 93 de la Carta Política.

9 El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada al sistema interno mediante la Ley 16 de 1972 establece en su artículo 24 “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” Así mismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74/68) dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

10 En algunos pronunciamientos de esta Corporación, se ha afirmado como una de las razones de obligatoriedad de las sentencias de tutela, el ser doctrina constitucional

vinculante. Ver sentencias T-175 de 1997, (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); T-321 de 1998 y T-466 de 1999, ambas del M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-068 de 2000. (M.P. José Gregorio Hernández) y T-715 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas). Al margen de esta observación, lo cierto es que la jurisprudencia es vinculante aún para las Salas de Revisión de la Corte Constitucional como se verá más adelante, con fundamento en la garantía de los derechos al debido proceso y al derecho a la igualdad.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-583 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-175 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Ibídem.

14 Desde la Sentencia T-603 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se ha reconocido que “la labor de reiteración, es fundamental para garantizar el derecho a la igualdad de personas que acuden a la acción de tutela, con la esperanza de obtener el mismo tratamiento que los jueces de constitucionalidad han brindado en casos semejantes, y que la jurisprudencia de la Corte se ha encargado de unificar”.

15 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido las Sentencias T-556 de 2008 Jaime Araújo Rentería, T-781 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

16 Cfr. Artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981), artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (Ley 319 de 1996), literal b) del numeral 2 del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981). Convenios 3 de 1919 y 103 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

17 M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 *Ibíd.*

20 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Corte Constitucional. Sentencias T-1014 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-243 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

22 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1.

23 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal. Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado reiteradamente el estándar del interés superior del menor, entre otras en las decisiones de *Saín vs. Alemania* (sentencia del 11 de octubre de 2001, en la cual se restringió el contacto entre un ciudadano alemán y su hija menor de edad, por considerar que dada la animadversión entre él y la madre de la niña, tales contactos irían en detrimento del interés superior de ésta última), *L. Vs. Finlandia* (sentencia del 30 de marzo de 2000, en la cual se aceptó una medida de protección consistente en separar a un menor de sus padres biológicos por existir acusaciones de abuso sexual y una enfermedad mental de la madre, que hacían presumir que el interés superior del menor sería satisfecho con la separación) y *P., C. y S. Vs. Reino Unido* (sentencia del 16 de julio de 2002, en la cual se aprobó la colocación de un niño recién nacido y su hermana en un hogar sustituto, dados los antecedentes psiquiátricos de la madre, que constituían un riesgo para su salud y, por ende, contrariaban su interés superior).

25 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

