

Sentencia T-122/07

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para interponerla

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos de procedencia

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

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamental prevalente

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-EPS se niega a pagarla por cuanto algunas cotizaciones no se hicieron en forma continua y otras de manera extemporánea

DERECHO AL MINIMO VITAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y SU HIJO-Inaplicación de las normas respecto al número de semanas a cotizar para el pago de la licencia de maternidad

En el presente caso, no se puede dejar de lado el análisis de la vulneración a los derechos fundamentales que presuntamente han sido vulnerados a la accionante, porque es misión del juez constitucional actuar como garante del respeto de la Carta Fundamental y de la garantía de los Derechos fundamentales, y además, brindar una 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. Además, la Sala considera que existe un argumento adicional para amparar los derechos fundamentales de su menor hijo, pues de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el padre del menor se encuentra recluido en una penitenciaría y no aporta nada para la manutención del menor. Al respecto, encuentra la Sala que atendiendo a las circunstancias particulares de la accionante, se inaplicarán las normas concernientes a la licencia de maternidad respecto del número de semanas que se deben cotizar para acceder a esa prestación.

Referencia: expediente T-1449564

Accionante: Olga Patricia Sterling Vargas

Accionado: CAFESALUD EPS

Procedencia: Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007)

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra –quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, ha proferido la presente

SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por Juzgado Segundo Civil Municipal de Pitalito, (Huila) el 14 de agosto de 2006, en el proceso de tutela adelantado por Olga Patricia Sterling Vargas, en contra de Cafesalud EPS.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección número diez, del 26 de octubre de 2006.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Señora Olga Patricia Sterling Vargas, instauró acción de tutela contra la Cafesalud EPS, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, a la vida, a la salud y a la protección del menor.

1. La accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social a través del la

EPS Cafesalud, en calidad de cotizante y como trabajadora independiente.

1. La accionante manifiesta que ha pagado desde el mes de julio de 2005 y hasta la fecha de interposición de la acción de tutela. Para probar lo que manifiesta, anexó recibos de pago

1. El 10 de marzo de 2006, la accionante da a luz a su hijo José David Serrano Sterling.

1. Con posterioridad al parto, la accionante radica derecho de petición ante Cafesalud EPS, con el fin de que se le reconozca el pago de la licencia de maternidad.

1. En comunicación del 2 de mayo de 2006, la entidad responde a la accionante que sólo cuenta con 36 de las 40 semanas de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad pues la fecha en que inició a cotizar fue el 1 de julio de 2005 y el parto de produjo el 10 de marzo de 2006.

1. El 21 de junio de 2006, la EPS Cafesalud reitera su negativa a acceder a la petición de la accionante por las siguientes razones: la primera, porque los pagos que se han hecho al sistema, en su gran mayoría, son extemporáneos (ciclos correspondientes a agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005, y enero y febrero de 2006) y, segundo, porque debiendo cotizar nueve periodos con anterioridad al parto, la accionante sólo cotizó ocho.

1. La accionante es madre soltera y no cuenta con el apoyo del padre del recién nacido, puesto que en la actualidad se encuentra privado de la libertad, tal y como lo certifica el INPEC (folio 12 del cuaderno de esta Corte).

2. Intervención de la entidad accionada

La EPS Cafesalud solicita que se niegue el amparo solicitado por la actora de conformidad con los siguientes argumentos:

1. El asunto que se pretende ventilar frente a la jurisdicción constitucional es un asunto que compete a la justicia ordinaria a través de los jueces laborales, pues en este caso no se involucran derechos fundamentales que hagan procedente la acción de tutela.
2. En ningún momento la EPS se negó o se ha negado a suministrar la atención médica a la accionante ni a su hijo, por el contrario, al momento del parto la EPS suministró los servicios necesarios y que fueron requeridos.
3. No es procedente el pago de la licencia de maternidad por dos razones: la primera, porque la accionante no cumple con el número de semanas de cotización exigidas por la ley con anterioridad al parto puesto que la accionante cumple con 36 de las 40 semanas exigidas y, segundo, porque la accionante cotizó 7 de 8 ciclos de manera extemporánea.

II. EL FALLO QUE SE REVISA

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Pitalito, Huila, en sentencia del 14 de agosto de 2006, desestima las pretensiones de la acción teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Para que sea procedente la acción de tutela con el fin de solicitar el pago de la licencia de maternidad, es necesario que el afiliado se encuentre al día en las cotizaciones.

1. Como la señora Sterling es trabajadora independiente, le corresponde estar al día en las cotizaciones, sin embargo, encontró el juzgado, que la señora hizo el pago de las cotizaciones de manera extemporánea y sólo cotizó 8 de los 9 meses que exige la ley. Por lo anterior, la carga prestacional se traslada a la accionante.

1. Teniendo en cuenta que la accionante no cumple con los requisitos legales, el juzgado determina que no existe vulneración a los derechos fundamentales de la actora y tampoco de su hijo recién nacido.

Con fundamento en lo anterior, el Juzgado decide negar el amparo solicitado por la actora.

III. PRUEBAS

Obran las siguientes:

a. Fotocopia de la liquidación de la prestación correspondiente económica correspondiente a los días en que la accionante estuvo hospitalizada (10 de marzo de 2006- 1de junio de 2006).

b. Original de un escrito suscrito por el Gerente Regional de Cafesalud -Huila- por medio del cual se da respuesta negativa a la solicitud de pago de la licencia de maternidad por parte de la accionante porque no llevó a cabo las cotizaciones en tiempo y, adicionalmente, porque no efectuó los pagos completos por todo el periodo de gestación.

c. Original del escrito suscrito por el Coordinador Nacional de Campañas e Incapacidades de Cafesalud EPS, en donde se le explica a la accionante que, de conformidad con el Decreto 047 de 2000, para acceder a la licencia de maternidad, la solicitante debió haber cotizado de manera interrumpida al sistema de seguridad social durante todo el periodo de gestación y haber cumplido con los demás requisitos que demanda la ley.

d. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante.

e. Fotocopia de los formularios de autoliquidación y pago de aportes efectuados por la accionante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, correspondientes a los siguientes periodos: julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2006.

f. Fotocopia del registro civil de nacimiento del menor José David Serrano Sterling, en donde consta que su madre es la señora Olga Patricia Sterling Vargas y su padre es el señor José

Ernesto Serrano Aya.

g. Copia de una certificación expedida por Cafesalud EPS, por medio de la cual se hace una relación detallada de los pagos realizados por la actora entre 18 de julio de 2005 y el 5 de julio de 2006.

h. Original de la respuesta a un derecho de petición interpuesto por la actora en la que Cafesalud EPS le comunica que por haber efectuado pagos extemporáneos al sistema y por no haber cotizado un número de semanas igual al del periodo de gestación, no es procedente la solicitud de pago de la licencia de maternidad.

i. Facsímil de la Historia Clínica de la accionante, por medio de la cual se certifica que el nacimiento de su hijo José David tuvo lugar el 10 de marzo de 2006.

j. Facsímil de una certificación expedida por el INPEC, el 30 de octubre de 2006, por medio de la cual se informa que el señor José Ernesto Serrano Aya ingresó al establecimiento Carcelario de Neiva el 26 de abril de 2006 y que se encuentra detenido desde el 18 de abril de 2006 como sindicado del delito de lavado de activos y que en la actualidad se encuentra a órdenes del Juzgado 9 Penal Especializado de Bogotá.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Consiste en determinar si la negativa de pago de la licencia de maternidad por el hecho de la tardanza en la cancelación de los aportes en salud y la falta de continuidad en la cotización durante el período de gestación constituye una vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido.

3. Lapso para interponer la tutela para el pago de licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el lapso dentro del cual se puede interponer la acción de tutela con el fin de solicitar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando estén en entredicho los derechos fundamentales de la madre o del menor recién nacido, es el año siguiente al nacimiento, puesto que es durante este período que la Constitución establece una especial protección al menor¹.

De este modo, corresponde al juez constitucional examinar cada caso concreto con el fin de determinar si con la ausencia de pago de la licencia de maternidad se está vulnerando algún derecho fundamental de la accionante o su menor hijo y, adicionalmente, se deberá examinar si esta posible vulneración se puso en conocimiento dentro del año siguiente al parto.

1. Parámetros a ser tenidos en cuenta para determinar la procedencia de la acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad

En consecuencia con la especial protección que otorga la Constitución Política a los menores y muy especialmente cuando ellos se encuentran dentro de su primer año de vida, esta Corporación ha fijado ciertos parámetros que determinan la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad.

Naturalmente que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para demandar el pago de esa prestación, sin embargo, tal y como lo establecen los requisitos que a continuación se enunciarán, el pago de esa licencia se vuelve constitucionalmente relevante cuando vulnera derechos fundamentales y en esos casos la acción de amparo resulta procedente.

La Sentencia T-460 de 2003, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, expuso los siguientes parámetros para determinar cuándo una acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad²:

“

a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de proteger por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación

inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido -tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela³.

a. 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 tutela⁴.(Subrayado fuera del texto original).

a. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio 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 económica⁵.

a. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta no puede negar el pago de la licencia⁶.

a. Para que la afección del mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica se plantee ante los jueces de tutela antes del vencimiento del término de la licencia. Si el amparo se solicita una vez vencido el término de la licencia, hay lugar a presumir que la madre no requirió del pago de esa prestación para atender sus necesidades básicas y las del menor; es decir, en tales hipótesis, hay lugar a presumir que no hubo vulneración del mínimo vital y por lo mismo la tutela no procede⁷.

1. La licencia de maternidad y la protección del derecho al mínimo vital

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política y en algunos tratados suscritos y ratificados por Colombia en materia de Derechos humanos⁹, las mujeres en estado de embarazo son sujetos de protección especial por parte del Estado y corresponde a éste proveer una protección especial en caso de que se encuentren desempleadas o desamparadas, con el fin de amparar su derecho y el del menor a obtener el mínimo vital.

La garantía antes enunciada no se encuentra limitada al período de la gestación, sino que se extiende al período posterior al parto y hasta por el primer año de vida del recién nacido. En virtud de la garantía enunciada, las mujeres tienen el derecho de exigir acciones positivas del Estado y en su defecto, exigir mediante los mecanismos jurisdiccionales constitucionales el cumplimiento inmediato de sus derechos.

Dentro de las prestaciones fundamentales que garantizan la atención de las necesidades tanto de la madre como del recién nacido se encuentra la licencia de maternidad, que ha sido entendida como:

“(…) el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo, tiene por objeto permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida”¹⁰.

Adicionalmente, la jurisprudencia en materia de licencia de maternidad, ha concedido el derecho a la prestación antes enunciada cuando con su ausencia se afecte el mínimo vital, que la jurisprudencia ha definido como:

“aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa”.

...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”¹¹.

1. Derechos de los niños. Obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado para con los niños en gestación, en el momento del nacimiento y con posterioridad al parto.

Desde la época de la gestación, con posterioridad al parto y hasta que alcanzan la mayoría de edad, los niños y adolescentes gozan de una protección constitucional especial que se complementa con las normas consignadas en los tratados internacionales y las normas del derecho derivado interno.

En desarrollo de los preceptos constitucionales, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-157/02 en la que se expuso que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política se pueden identificar dos categorías de garantías en favor de los menores de edad: la primera, en la que se establece que los derechos de los niños son fundamentales; la segunda, corresponde a la condición de prevalencia que otorga el inciso final de ese artículo a los derechos de los niños.

En la actualidad, y en consonancia con la prevalencia de los derechos de los niños y su carácter de fundamentales, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección. Así por ejemplo, cabe resaltar la reciente expedición del Código de la Infancia y de la Adolescencia -Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 que empezará a regir el 8 de mayo de 2007 – en donde se contempla la garantía y protección de los derechos y libertades de los niños a cargo de la familia, la sociedad y el Estado.

Dentro de los derechos y libertades cabe destacar, por cuanto es pertinente para el caso que ocupa a la Sala, la corresponsabilidad que esos tres estamentos deben prestar a los recién nacidos y a sus madres¹².

En lo que respecta a la familia, corresponde “(p)rotegerles contra cualquier acto que

amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.” Este deber de protección se acentúa, sobre todo, en el período del año siguiente al parto, puesto que es en ese momento en donde los menores son mucho más vulnerables a cualquier amenaza.

Igualmente, desde el momento del nacimiento, es necesario que los recién nacidos sean afiliados al sistema de Salud -independientemente de que se trate del régimen contributivo o el subsidiado- pues esto garantiza que se les pueda hacer un seguimiento de su salud y tener la atención integral necesaria.

Adicionalmente, es responsabilidad de la familia velar porque los menores tengan, desde el momento de su nacimiento, el acceso a la educación y a los medios que les permitan un adecuado desarrollo.

De otro lado, en lo que respecta a la sociedad le corresponde, “conocer, respetar y promover los derechos de los menores y su carácter prevalente”¹³.

Finalmente, corresponde al Estado, entre otras obligaciones “(g)arantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal”. Además, este estamento debe “(g)arantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar”¹⁴

La aplicación que ha dado el Código de la infancia y la adolescencia a los imperativos Constitucionales de protección al menor, hacen más exigente la función de los estamentos enunciados y, por supuesto, de las autoridades administrativas y judiciales que tienen la función de hacerlas cumplir.

1. El tratamiento especial de las mujeres cabeza de familia

En consonancia con la protección de los menores, enunciada en el acápite anterior, es importante resaltar también la especial protección de las madres que son cabeza del grupo familiar, pues en ellas recae el sostenimiento del mismo.

La Constitución Política en su artículo 43 establece: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar este precepto y de dar una definición legal de lo que se entiende por madre cabeza de familia: Así por ejemplo el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, se dice que es: “”Mujer Cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Igualmente, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 determinó que dentro de los afiliados al régimen subsidiado tendrían especial importancia “las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los enfermos de Hansen, las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.” (subrayado fuera de texto de la norma)

Esta protección constitucional reforzada y que ha sido objeto de desarrollo legal, tal y como se vio, tiene como objeto la protección del núcleo familiar inmediato que corresponde directamente al de los hijos menores¹⁵.

Además esta Corporación ha señalado reiteradamente que esa protección especial se fundamenta en las condiciones de marginamiento a las cuales, durante años, se han visto sometidas las mujeres y de igual modo al gran número de madres cabeza de familia que por diversos motivos, deben asumir esa responsabilidad en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza.

En el presente caso esta Sala de Revisión no puede ser ajena al imperativo Constitucional y

legal, y, en consecuencia, protegerá de manera especial este derecho que le asiste a la madre cabeza de familia, tal y como se analizará posteriormente.

8. Allanamiento a la mora en el pago de las cotizaciones. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de esa Corporación ha dicho que en los casos en los que los afiliados al Sistema de Salud no hagan los aportes en tiempo, pero éstos sean recibidos por dicha entidad sin que medie una constitución en mora, a este fenómeno se le ha denominado allanamiento a la mora.

Para una mejor ilustración de lo que se ha entendido por este fenómeno se transcribe un aparte de la Sentencia T- 1224/01, en la que la Sala Octava de Revisión de tutelas de esta Corporación sostuvo:

“Deberá reiterarse, que las entidades promotoras de salud no pueden negar las prestaciones causadas debidamente a favor de los trabajadores beneficiarios, cuando se han allanado a la presunta mora del empleador, toda vez, que una actitud omisiva en el requerimiento al causante de la misma, no puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.¹⁶

Evidentemente las consideraciones anteriores no sólo se aplican para los empleadores que en forma tardía realizan los aportes a la seguridad social, sino que también para los trabajadores independientes, ya que se parte del mismo supuesto, es decir, el de la protección efectiva de los derechos de la madre y del recién nacido durante sus primeras semanas de vida en desarrollo del mandato constitucional.

Finalmente, es importante señalar, tal y como lo hizo la Sentencia T-559 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil que: “en el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, ya que, en el caso de éstas últimas, ante el no pago de la licencia por parte de la E.P.S. correspondiente, las madres tienen la posibilidad de cobrar el auxilio de maternidad

a su empleador, cuando la negativa en el pago por parte de la entidad promotora de salud se debe a un incumplimiento en las obligaciones que tiene éste para con el sistema. En cambio, cuando estamos ante un caso de una trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido.”

9. El pago de la licencia de maternidad cuando no ha cotizado la totalidad del tiempo exigido por la ley. Reiteración de jurisprudencia.

Tal y como lo han indicado las distintas Salas de Revisión, existen eventos en los que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad¹⁷, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”¹⁸.

Por consiguiente, los jueces constitucionales, deben analizar la situación particular y, de considerarlo necesario, proceder a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención.

Así por ejemplo, sin que se hubiese efectuado el pago completo de las semanas de cotización mientras duró la gestación, la Corte ha autorizado en algunos casos el pago de la licencia de maternidad como en los ejemplos que a continuación se citan:

La sentencia T-931/0319, en la que la Sala novena de revisión de la Corte dispuso:

“Negar la licencia con el argumento formal de que la accionante tuvo una interrupción de 11 días en su cotización es optar por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C.P.”

Posteriormente, en la Sentencia T-389/0420, la Sala Primera de Revisión dispuso lo siguiente:

“La actora labora como empleada del servicio doméstico de la señora Raquel Antonia Orozco Yance, quien, según la entidad demandada, efectuó de manera extemporánea algunos

aportes durante su período de gestación y, además, dejó de cotizar desde el 12 de diciembre de 2002, es decir, cuando aún transcurría el lapso correspondiente a la licencia de maternidad de la demandante (del 24 de noviembre de 2002 al 15 de febrero de 2003).

No obstante, el I.S.S. Seccional Cesar se allanó a la mora, pues no ejerció las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (cotizaciones, aportes o intereses moratorios por pagos extemporáneos), razón por la cual no puede alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante.”

Igualmente, en Sentencia T-1010/0421, la Sala Sexta de Revisión manifestó lo siguiente:

“Siguiendo la solución dada en la Sentencia T-389/04, (...) el no pago de parte de las cotizaciones durante la licencia no hace que se pierda este derecho. Además, como la Corte ha sostenido en reciente jurisprudencia (T-931/03, M.P. Clara Inés Vargas), cuando el desfase en los aportes es casi irrisorio (como en el caso de la señora Lida María Gil en el cual se dejó de cotizar por 18 días de marzo), no es dable aplicar con absoluto rigor las normas que exigen el pago completo e ininterrumpido de determinadas prestaciones; de lo contrario se estaría dando prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.”

En el mismo sentido, en la Sentencia T-790/0522, la Sala Sexta de Revisión de tutelas dispuso:

“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.”

Finalmente, en la Sentencia T-053/0723, la Sala Quinta de Revisión expuso lo siguiente:

“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(...)"

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."

10. El caso concreto

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Sala Quinta de revisión concederá la tutela solicitada por la accionante, por los motivos que a continuación se exponen.

* De una parte, en comunicación del 21 de junio de 2006, que obra como prueba en el expediente (Folio 5), la EPS Cafesalud, entidad accionada, manifiesta que con fundamento en el Decreto 1406 (art. 24) y 047 (Art.3), la afiliada debió haber cotizado oportuna e ininterrumpidamente al Sistema durante todo su período de gestación.

Después de hacer una relación de los ciclos de cotización la sala encuentra que la accionante no cotizó por los meses de abril, mayo y junio de 2005 aunque con posterioridad si hubiese cotizado hasta el momento del parto (marzo de 2006). Igualmente, la EPS manifiesta que en 7 de los 8 meses anteriores al parto se cotizó de manera extemporánea.

Concluye la EPS que corresponde a la misma accionante responder por el pago incompleto e inoportuno de las cotizaciones y en consecuencia, no puede haber lugar al pago de la prestación.

- De otra parte, Olga Patricia Sterling Vargas manifiesta que la entidad de Salud ha debido reconocerle el pago de la licencia de maternidad porque con el no pago de esa prestación se

le está generando un perjuicio grave, toda vez que es la única fuente de ingresos para la manutención de ella y de su hijo recién nacido. Adicionalmente, la accionante manifiesta que es madre soltera y, tal y como consta en el folio 12 del cuaderno principal del expediente, el padre del menor José David Serrano Sterling se encuentra privado de la libertad.

Como se desprende del certificado de nacimiento (folio 30) y la copia de la Epicrisis (folio 10 del cuaderno de esta Corte), el menor José David Serrano Sterling nació el 10 de marzo de 2006; la madre interpuso la acción de tutela el día 14 de julio de 2006, es decir, transcurridos un poco más de cuatro meses a partir del nacimiento de su hijo, lo que determina que la tutela es procedente, en principio, por estar dentro del límite temporal de un año tal y como se estudió en el numeral tercero del capítulo VI de la parte considerativa de esta providencia.

* Ahora bien, del análisis probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que Cafesalud EPS se niega a reconocer el pago de la licencia de maternidad por cuanto, al verificar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, observa que no se hicieron de manera completa durante todo el periodo de gestación y, además, que se hicieron de manera extemporánea.

Tal y como consta en las certificaciones de Cafesalud y en las copias de las cotizaciones que obran en el expediente, la accionante efectuó los siguientes pagos:

PERIODO DE COTIZACIÓN

FECHA DE CONSIGNACIÓN

¿PAGÓ OPORTUNAMENTE?

2005/06

NO COTIZÓ

2005/07

2005/07/18

SI

2005/08

2005/08/26

NO

2005/10/04

NO

2005/10

2005/11/21

NO

2005/11

2005/11/21

NO

2005/12

2005/12/27

NO

2006/01

2006/02/01

NO

2006/02

2006/02/20

NO

2006/03

PARTO

Al respecto, encuentra la Sala que son relevantes para el reconocimiento de la licencia de maternidad, las cotizaciones que se hicieron en los 9 meses anteriores al parto²⁴, es decir, las que corresponden a los meses de junio a diciembre de 2005 y enero a febrero de 2006.

En cuanto a la continuidad de los aportes que debió haber efectuado la accionante 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, en el presente caso, no se puede dejar de lado el análisis de la vulneración a los derechos fundamentales que presuntamente han sido vulnerados a la accionante, porque es misión del juez constitucional actuar como garante del respeto de la Carta Fundamental y de la garantía de los Derechos fundamentales, y además, brindar una 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.

Además, la Sala considera que existe un argumento adicional para amparar los derechos fundamentales de su menor hijo, pues de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el padre del menor se encuentra recluso en una penitenciaría y no aporta nada para la manutención del menor.

En lo concerniente al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, es necesario anotar lo siguiente (i) que la accionante llevó a cabo el pago de 8 de las 9 cotizaciones necesarias, según la ley, para acceder al pago de la licencia de maternidad; (ii) que la accionante efectuó el pago de 7 de las 8 cotizaciones en fechas distintas contempladas en la normatividad que rige este tipo de prestaciones.

Al respecto, encuentra la Sala que atendiendo a las circunstancias particulares de la

accionante, se inaplicarán las normas concernientes a la licencia de maternidad respecto del número de semanas que se deben cotizar para acceder a esa prestación, tal y como se expuso en el numeral 9 del Capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia.

De otro lado, en lo que tiene que ver con el pago extemporáneo de las cotizaciones, es necesario remitirnos al fenómeno del allanamiento a la mora que se expuso en el numeral 8 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia en donde se dejó en claro que las entidades promotoras de salud no pueden negarse al reconocimiento de la licencia de maternidad cuando no se hayan efectuado los requerimientos para constituir en mora al afiliado y además que en el caso de los trabajadores independientes, como es el caso que ocupa a la Sala, esta omisión resulta mucho mas perjudicial, si se tiene en cuenta que la accionante no podría recurrir a empleador alguno para que le haga el pago de la prestación en cuestión.

Por lo anterior, en el presente caso 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 Olga Patricia Sterling Vargas y su hijo.

Es de aclarar que el amparo excepcional se concederá por las especiales circunstancias que enmarcan este caso, puesto que en él confluyen los hechos de ser madre de un recién nacido y ser madre cabeza de familia y de no tener otro medio de subsistencia que garantice su derecho al mínimo vital.

V. 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 Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Pitalito, Huila, mediante sentencia de 14 de Agosto de 2006 en la que se negó el amparo solicitado por señora Olga Patricia Sterling Vargas en contra de E.P.S. Cafesalud, Seccional Neiva, y en su

lugar, CONCEDER el amparo al derecho fundamental al mínimo vital invocado.

SEGUNDO. INAPLICAR con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto de la señora Olga Patricia Sterling Vargas, el Decreto 806 de 1998, artículo 63 y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2º.

TERCERO. ORDENAR a la E.P.S. Cafesalud, Seccional Neiva , 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 Olga Patricia Sterling Vargas.

CUARTO. 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

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

1 Sentencia T-999/03, M.P. Jaime Araújo Rentería. Esta posición ha sido reiterada en otras providencias en donde incluso se ha concedido la protección a los derechos fundamentales de la madre y de los menores aunque haya transcurrido un periodo superior a aquél de la licencia pero se ha reclamado antes de que se complete el año. Al respecto se pueden

consultar, entre otras, la sentencia T-236/04, M.P. Jaime Araujo Rentería y la Sentencia T-304/04.

2 Las pautas que se transcriben han sido tenidas en cuenta en múltiples sentencias proferidas por esta Corporación, como ejemplo de éstas encontramos las siguientes : T-986/03, T-1014/03, T-1068/03, T-1073/03, T-1196/04, T-284/04, T-390/04, T-605/04, T-640/04, T-641/04, T-390/04, T-665/04, T-390/04, T-854/05, T-922/04, T-929/04, T-1009/04, T-1108/04, T-019/05, T-140/05, T-147/05, T-221/05, T-279/05, T-350/05, T-355/05, T-574/05, T-394/05, T-415/05, T-444/05, T-549/05, T-559/05, T-574/05, T-615/05, entre otras.

3 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02.

4 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: 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.

5 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: T-258-00 y T-390-01.

6 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: 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 y T-707/02 y T-996-02.

7 Sobre este punto específico, la sentencia T-999/03, M.P. Jaime Araujo Rentería, amplió el lapso para interponer la tutela, pues, dio a la madre accionante, la posibilidad de presentar la acción dentro del año siguiente al momento del nacimiento del menor. En esa sentencia, la Sala de revisión de esta Corte, manifestó que no se puede desconocer la especial protección que contempla la Constitución, respecto de los menores, durante el primer año de vida. Este cambio jurisprudencial fue analizado en el numeral tres del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia.

8 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: T-075-01, T-1224-01, T-653-02 y T-996-02.

9 A manera de ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer.

10 Sentencia T-559 de 2005.M.P Rodrigo Escobar Gil.

11 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

12 Respecto de la corresponsabilidad de la familia, la Sociedad y el Estado respecto de la especial protección de que gozan los menores, se puede examinar la Sentencia C-157 de 2002.

13 Artículo 40 de la Ley 1098 de 2006

14 Artículo 41 de la Ley 1098 de 2006

15 Al respecto se puede consultar la Sentencia T-399/05. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Sentencia T-1224/01, M.P. Alvaro Tafur Galvis

17 Al respecto, entre otras, pueden consultarse las sentencias T-139/99, T-210/99, T-175/99, T-362/99, T-496/99, T-568/96, T104/99, T-365/99, T-458/99, T-270/97 y T-567/97.

18 Sentencia T-210 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

19 Magistrada Ponente, Clara Inés Vargas

20 Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería

21 Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra

22 Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra

23 Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra

24 En este caso se han tomado como referencia para determinar el derecho a la licencia de maternidad los 9 meses anteriores al parto, porque, de conformidad con el certificado expedido por el médico que atendió el parto, el período de gestación del menor fue de 39 semanas. Sin embargo, es de aclarar que no en todos los casos se deberán tener en cuenta 9

meses de gestación para determinar si se tiene derecho a la licencia de maternidad, pues eso dependerá del mayor o menor número de semanas de gestación.