

Sentencia T-323/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Alcance

ACCION DE TUTELA-Niños, adolescentes y mujeres cabeza de familia sujetos de especial protección

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Cancelación equivale a pago de salarios

LICENCIA DE MATERNIDAD-Deber de cotización durante periodo de gestación debe analizarse a la luz de cada embarazo

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Objetivo de la protección constitucional reforzada

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

Accionante: Maribel Rodríguez Rodríguez y otros

Procedencia: Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías y otros

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

en los procesos de revisión de las tutelas números T-1'525.077, T-1'522.144, T-1'525.552, T-1'522.172, T-1'521.493 y T-1'519.088, acciones promovidas por las señoras Maribel Rodríguez Rodríguez, María Isabel Trujillo, Luz Marina Leguizamón Alonso, Yesenia Mabel Musso Rocha, Manuela Cassiani Reyes y Lourdes Duncan Domínguez, respectivamente contra Salud Total E.P.S., Seccionales Bogotá, Barranquilla y Santa Marta, Famisanar E.P.S., Seccional Bogotá y Sanitas E.P.S., Seccional Neiva. Los fallos que se revisan fueron proferidos por el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva, Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla, y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, respectivamente.

Mediante Auto de la Sala de Selección Número Dos, del 9 de febrero de 2007, se decidió acumular los expedientes T-1'519.088, T-1'521.493, T-1'522.144, T-1'522.172, T-1'525.077 y T-1'525.552.

I. ANTECEDENTES

I. HECHOS:

1.1. Expediente T-1525077

La señora Maribel Rodríguez Rodríguez, instauró acción de tutela contra Famisanar E.P.S., por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad, a la protección de la mujer en estado de embarazo, a los derechos fundamentales del recién nacido, a la igualdad y al mínimo vital, con fundamento en los siguientes hechos:

- La accionante está afiliada a la entidad demandada desde octubre de 1998 como cotizante y a partir del 1 de noviembre de 2005 como afiliada independiente.
- Trabajó hasta el 15 de septiembre de 2005 con la empresa "Visión y Marketing" para Nestle de Colombia. Para el 1º de noviembre del mismo año, se retira de esta empresa y se independiza, cotizando a la misma E.P.S.
- Afirmó la señora Rodríguez que su hija nació el 29 de junio de 2006. Al solicitar el pago de la licencia de maternidad, la E.P.S. le informó que no se le reconocía el pago de la misma, por

que no cumplía con las 40 semanas de cotización exigidas por ley, sino con 38 semanas, conforme lo requiere el artículo 3, numeral 2 del Decreto 047 de 2000.

- Agregó que no es verdad lo manifestado por la entidad de salud, ya que ella cotizó inclusive el doble de la cuota mínima con el fin de obtener un pago más alto.

- Manifiesta la accionante que es esteticista independiente, devenga un salario de \$860.000,00 aproximadamente. Junto con el esposo sostienen los gastos del hijo y de la madre y además, cubren los gastos de servicios públicos, vestuario, préstamos, transporte y educación.

- Solicita que se le tutelen sus derechos fundamentales, y en consecuencia, que se ordene a la E.P.S. Famisanar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

1.2. Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. Famisanar en la contestación de la demanda manifestó al Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías, fechada el 4 de septiembre de 2006, que no existe amenaza de un derecho constitucional que deba ser protegido a través de la acción de tutela ya que la pretensión de la señora Rodríguez es que se le reconozca una suma de dinero causada con ocasión del parto.

La afiliación de la usuaria para la fecha del parto se encontraba activa, lo que quiere decir, que se le prestaron todos los servicios de salud que requirió al igual que el recién nacido.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad la accionante no cotizó en forma completa, oportuna e ininterrumpida, tan sólo cotizó 38 semanas de su embarazo, y se requiere que haya cotizado de forma ininterrumpida y completa todo el período de gestación para acceder a la prestación tal como lo exige el artículo 3º, numeral 2 del Decreto 047 de 2000. Es decir, que no cumple con los requisitos legales para tener derecho al pago de la licencia de maternidad.

Adicionalmente, afirmó que tampoco se le está vulnerando el derecho al mínimo vital, ya que la misma accionante manifestó en la tutela, que ella y su cónyuge se encuentran trabajando, por consiguiente, existe un ingreso adicional.

Por último, solicita la E.P.S. Famisanar que en la parte resolutive de la sentencia se ordene al FOSYGA o al Ministerio de Protección Social con cargo a los recursos propios para que reconozcan a ésta entidad el valor de los gastos efectuados en cumplimiento del fallo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro correspondiente, por que no puede verse afectada patrimonialmente por dar cumplimiento a la normatividad vigente.

1.3. Pruebas

- Certificado de Incapacidad por un período de 84 días a nombre de la accionante como trabajadora independiente con fecha 13 de julio de 2006.
- Registro de aportes por concepto de cotizaciones al SGSSS, desde 01/10/1998 a 01/08/2006.
- Comprobantes de pago de aportes de los trabajadores independientes de los meses de noviembre de 2005 y de marzo a agosto de 2006.
- Incapacidad de la licencia de maternidad negada por la E.P.S. Famisanar fechada el 14 de julio de 2006. En la parte de observaciones la E.P.S. señaló lo siguiente: “afiliada no cumple con los períodos mínimos de cotización, debe haber cotizado por un período igual al período de gestación semanas cotizadas previas al nacimiento del menor 34, tiempo de gestación en semanas 40.”
- Registro Civil de nacimiento N° 37717975 de la Registraduría de Chapinero a nombre de la menor Danna Sofía Vargas Rodríguez, fecha de nacimiento 29 de junio de 2006, la menor figura como hija de la accionante.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia.

El Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el 14 de septiembre de 2006, negó la acción de tutela por improcedente. Afirmó el Juez que tratándose de una trabajadora independiente debe cumplir con los requisitos mínimos señalados en la ley, como es el pago de los aportes para el Sistema General de Seguridad

Social en Salud en forma oportuna y completa durante todo el período de gestación.

El Juez consideró que la accionante cuenta con otra vía judicial para hacer valer sus derechos que considera le han sido vulnerados, descartando de esta manera la existencia de un perjuicio irremediable.

Segunda instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 2006, confirmó el fallo del a-quo en todas sus partes, consideró que la decisión se hizo acorde con la realidad procesal ya que la accionante no cotizó en forma completa e ininterrumpida durante el tiempo de gestación y más concretamente 40 semanas.

2. HECHOS:

2.1. Expediente T-1522144

- Mediante apoderada la señora María Isabel Trujillo Ramírez manifiesta que fue afiliada a la E.P.S. Sanitas por el empleador C. I. C. y F. Internacional S.A., empresa que ha pagado el valor total de los aportes durante la vigencia del contrato.
- La señora Trujillo durante su embarazo fue atendida por la E.P.S. Sanitas, brindándole todos los servicios requeridos dentro del proceso del parto.
- Al momento de solicitar el pago de la licencia de maternidad se le negó dicho derecho, argumentando la entidad de salud que la accionante no tenía el número de semanas cotizadas en razón de que el médico que la atendía decidió adelantar el parto por cuanto a la señora Trujillo se le había diagnosticado diabetes gestacional, enfermedad con la que corría riesgo su vida y la vida de la hija.
- Manifiesta la apoderada que con esta decisión, tanto a la poderdante como a su hija, la E.P.S. demandada les está vulnerando los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y protección especial del menor.
- Solicita se le protejan los derechos fundamentales de su poderdante e hija, ordenándole a la E.P.S. Sanitas el pago de la licencia de maternidad.

2.2. Contestación de la entidad demandada

El 9 de noviembre de 2006, la E.P.S. Sanitas manifestó al Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva, que la accionante se encuentra afiliada en calidad de cotizante dependiente del empleador C Y F Internacional.

No se le autorizó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por cuanto la accionante carece del período mínimo de cotización. Esta decisión se tomó teniendo en cuenta que el anterior empleador realizó el último pago en noviembre de 2005, por 30 días. Y con el actual empleador, se registraron aportes sólo a partir del 10 de enero de 2006.

Como se observa, la ausencia de aportes se generaron el período comprendido entre el primero (01) de diciembre de 2005 hasta el nueve (09) de enero de 2006. La fecha del parto fue el veintidós (22) de septiembre de 2006.

Afirma la entidad, que la acción de tutela no puede pretender el reconocimiento económico, alejándose de esta manera de todo carácter sustancial.

2.3. Pruebas

- Cédula de Ciudadanía N° 40.773.103 de Florencia (Caquetá) a nombre de la señora María Isabel Trujillo Ramírez.
- Carné de la E.P.S. Sanitas N° 30-10-363208 a nombre de la accionante.
- Negación del pago de la licencia de maternidad por parte de la E.P.S. Sanitas a la señora María Isabel Trujillo Ramírez, por no cumplir con el período mínimo de cotización, fechada 25 de septiembre de 2006.
- Certificado de incapacidad laboral de la licencia de maternidad expedida por la E.P.S. Sanitas por 84 días, fechada 25 de septiembre de 2006.

III. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva el 21 de noviembre de 2006, declaró

improcedente la acción de tutela. De la información allegada por la entidad accionada comprobó el Juez que la accionante se encuentra afiliada a ésta entidad desde el 10 de enero de 2006; el 22 de septiembre del mismo año nace la hija razón por la cual dedujo que la menor nació a los 8 meses de haberse afiliado.

Por lo anterior, consideró el Juez de instancia que la accionante no cumple con los requisitos que la ley determina para que la E.P.S. le pueda autorizar y pagar la licencia de maternidad al no demostrar la vulneración a los derechos fundamentales invocados.

3. HECHOS:

3.1. Expediente T-1525552

- La señora Luz María Leguizamón Alonso afirma que se encuentra laborando con la empresa “Maderatto Ltda.”.
- El día 13 de enero de 2006, nació la hija, por lo que solicitó a la E.P.S. Salud Total el pago de la licencia de maternidad.
- La E.P.S. demandada negó dicha solicitud, argumentando que se encontraba en mora en el pago del mes de mayo de 2005; no cumpliendo de esta manera con los requisitos de ley para tener derecho a la licencia de maternidad al haber cotizado tan sólo 8 meses del período de gestación.
- El 6 de febrero de 2006, el representante legal de la empresa para la cual trabaja la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.
- La E.P.S. Salud Total dio respuesta el 3 de marzo de 2006, negando el pago de la licencia de maternidad, fundamentando su negativa en el cambio de razón social de la empresa donde trabaja la accionante y el no haber cancelado el mes de mayo de 2005.
- La señora Leguizamón afirma que durante el período de gestación la empresa cumplió con el pago de los aportes, es decir, que la E.P.S. no puede alegar la inexistencia del mismo por cuanto los recibos de pago demuestran todo lo contrario a la afirmación que hace la entidad de salud.

- Afirma la accionante que la E.P.S. Salud Total está vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital y móvil tanto de ella como el de su familia. Afirma que es madre cabeza de familia, no cuenta con el apoyo del padre de sus hijos.
- El salario que percibía la accionante al momento de generarse el derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad era el mínimo vigente del año 2006.
- Solicita se le proteja los derechos fundamentales invocados y se ordene a la E.P.S. Salud Total el pago de la licencia de maternidad.
- Agrega la accionante que la falta del pago de la licencia de maternidad ha causado que su situación económica se afecte, ya que no ha podido cumplir con los pagos de arriendo, servicios públicos, alimentación y vestuario de sus hijos.

3.2. Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. Salud Total de Bogotá dio respuesta al Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá el 2 de noviembre de 2006. La entidad manifestó que la accionante se encuentra afiliada desde el 21 de septiembre de 2004, contando con un total de 102 semanas cotizadas.

Respecto a la acción de tutela que interpone la señora Leguizamón con miras a obtener el reconocimiento económico derivado de la licencia de maternidad, alega que éste le fue negado por la E.P.S., en virtud a que la usuaria no cotizó al Sistema de Salud durante todo el período de gestación, sólo ocho (8) meses del período de gestación.

Agrega que el reconocimiento de los derechos alegados por vía de tutela tendientes al pago de una licencia de maternidad sólo es posible cuando se demuestra su relación con el mínimo vital de la accionante, circunstancia que no se indicó en este caso, ya que en ningún momento fue demostrada la vulneración a dicho derecho por parte de ésta entidad y menos aún cuando han transcurrido más de 9 meses de la ocurrencia del parto.

Solicita la entidad que en el evento que se conceda el amparo, se ordene al empleador Maderatto Ltda. asumir la obligación que tiene respecto al cubrimiento económico derivado de la licencia de maternidad en favor de su trabajadora.

3.3. Pruebas

- Copia de la Cédula de Ciudadanía a nombre de la accionante en la que se constata que en la actualidad cuenta con 25 años.
- Carné de afiliación a la E.P.S. Salud Total en calidad de cotizante fechado 21 de septiembre de 2004, a nombre de la accionante.
- Incapacidad por maternidad emitida por el Centro Policlínico del Olaya CPO S.A. a la accionante, fechada 14 de enero de 2006.
- Petición del pago de la licencia de maternidad a la señora Luz María Leguizamón, fechada febrero 6 de 2006 dirigida a la E.P.S. Salud Total por parte de la empresa Maderatto.
- Relación de autoliquidación de aportes correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2005 y de enero a septiembre de 2006 realizados por parte de los empleadores para quienes trabajó la accionante.
- Autoliquidación de los aportes realizados a la E.P.S. Salud Total de los meses de marzo y mayo a diciembre de 2005 y los meses de enero y febrero de 2006.
- Recibo de la empresa de teléfonos de Bogotá por valor de \$42.700,00 pesos.
- Recibo de pago de gas natural por valor \$85.48,00 pesos.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor Paula Andrea Leguizamón Alonso, fecha de nacimiento 13 de enero de 2006.
- Contestación de la E.P.S. Salud Total al representante legal de la empresa Maderatto S.A., de fecha 3 de marzo de 2006, en donde informó lo siguiente:

“De manera atenta acuso recibo de la solicitud de reconocimiento económico derivado de la licencia de maternidad de su trabajadora, señora Luz María Leguizamón con ocasión de nacimiento de su hija Paula Andrea Leguizamón el 1 de diciembre de 2005 y procedo a dar respuesta de la siguiente manera. (sic)

Para empezar la señora Luz María Leguizamón se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de SALUD TOTAL E.P.S. el 21 de septiembre de 2004 en calidad (sic) trabajadora dependiente del empleador JOSE MANUEL RAMIREZ, quién reportó la novedad de

retiro laboral el 22 de abril de 2005 mediante planilla 10812393. En el mes de mayo de 2005 no se había reportado (sic) ingreso y el 1 de junio de 2005 se reporta dicha novedad con el empleador MADERATTO quién efectuó el primer pago de aportes por concepto de salud el 8 de junio de 2005 según planilla 10812392 y como tal está marcada por Usted la novedad de ingreso. Es de observar que en la planilla se anota el pago para el mes de mayo de 2005, pero debe tener en cuenta que para ese mes no se encontraba laborando con el empleador Maderatto, toda vez que el ingreso a laborar se reporta el 1 de junio de 2005. A la fecha su afiliación como estado de servicios se encuentran activos y cuenta con 68 semanas cotizadas al Sistema a través de esta Entidad.

(...)

Dicho lo anterior reiteramos que la señora Luz Marina Leguizamón interrumpió sus cotizaciones por concepto de aportes en salud en el mes de mayo de 2005, tal como se observa en la planilla de pago anexa a su escrito.”

- Aclaración por parte de la accionante al Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, el 26 de octubre de 2006, en la que manifestó que de acuerdo a los hechos narrados en la acción de tutela, el derecho fundamental afectado es el mínimo vital, por cuanto la E.P.S. Salud Total no le ha cancelado la licencia de maternidad.

IV. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

El 3 de noviembre de 2006, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, negó el amparo solicitado. El Juez consideró que de la afirmación de la accionante al manifestar que la negativa de la E.P.S. demandada es injustificada y no corresponde a la realidad, como de lo manifestado por la E.P.S. Salud Total, en cuanto que la accionante no cumple con los requisitos que la ley exige para el pago de la licencia de maternidad, se vislumbra que este asunto es meramente probatorio, por lo cual, debe ser debatido ante la jurisdicción correspondiente.

4. HECHOS:

4.1. Expediente T-1522172

- La señora Yesenia Mabel Musso Rocha se encuentra afiliada a la E.P.S., desde el año 2003 habiendo cotizado de manera ininterrumpida.
- Para el mes de septiembre de 2005, la accionante cubrió una licencia laboral de 10 días en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta. Al poco tiempo cubrió otra licencia laboral de 19 días en el mismo juzgado; los pagos de aportes a salud de estas dos licencias laborales, fueron realizados por valor de \$46.300,00 y \$109.600,00 respectivamente.
- El 25 de agosto del presente año nace su hijo en la Clínica "El Prado", donde le expidieron la incapacidad por 84 días. Acudió a la E.P.S. Salud Total para que se le autorizara el pago de la licencia de maternidad.
- La E.P.S. no autorizó el pago de la licencia de maternidad, argumentando que la accionante no había cancelado el aporte en salud correspondiente al mes de diciembre de 2005.
- La señora Yesenia Musso allegó el recibo de pago correspondiente al mes de diciembre a la E.P.S., pero la entidad de salud, le aclaró que no era el mes sino diecinueve (19) días de ese mes, razón por la cual, no cumplía con los requisitos de ley.
- Solicita se le ordene a la entidad demandada que en el término de veinticuatro (24) horas proceda a cancelarle la licencia de maternidad.

4.2. Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. Salud Total de Santa Marta, en respuesta al requerimiento del Juzgado Primero Penal Municipal el 11 de septiembre de 2006, señaló que revisado el sistema de información de esa entidad, la señora Díaz Granados se encuentra afiliada en calidad de cotizante independiente.

Sin embargo, la entidad manifiesta que en todo momento cumplió con todos y cada uno de los servicios médicos que la accionante ha requerido antes y después de dar a luz a su hijo.

Luego de estudiar la solicitud realizada por la accionante para que se le autorizara el pago de la licencia en mención, la E.P.S. encontró que no se había cumplido con el requisito de haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación. De las 39 semanas de gestación, la accionante sólo había cotizado 33.5 a esta entidad.

4.3. Pruebas

- Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 36.697.260 de Santa Marta, se constata que la accionante cuenta en la actualidad con 26 años de edad.
- Copia del carné de afiliación a la E.P.S. Salud Total en que aparece como fecha de afiliación el 6 de marzo de 2005 a nombre de la accionante.
- Certificado de licencia de maternidad por 84 días, expedido por el médico tratante y adscrito a la E.P.S. Salud Total con fecha 28 de agosto de 2006.
- Respuesta negativa a la solicitud del pago de licencia de maternidad por parte de la E.P.S. Salud Total a la señora Yesenia Mabel Musso Rocha, fechada 28 de agosto de 2006.
- Escrito dirigido al Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, fechado 11 de septiembre de 2006, la accionante manifestó respecto a los hechos de la tutela lo siguiente:

“Los meses de enero hasta la fecha he venido cotizando como trabajadora independiente porque no estoy trabajando y he hecho lo posible para cumplir con mis aportes, soy una madre soltera y vivo con mi mamá que también esta desempleada y vivimos de la liquidación que ella recibió de su trabajo.

Necesito el pago de la licencia de maternidad porque es mi única oportunidad de subsistencia hasta que pueda volver a trabajar y empiece a devengar para proveer a mi hijo de lo necesario.

Cuento con el tiempo de cotización para acceder al pago de la incapacidad ya que en octubre y hasta diciembre de 2003 coticé como empleada y volví a hacerlo en septiembre por diez (10) días de 2005 y diciembre por 19 días del mismo año y de enero hasta los corrientes lo he hecho como independiente y al momento del parto 25 de agosto de 2006 tenía el tiempo, la entidad me dijo que no eran continuos, pero esto no puede ser de recibo porque se estaría violando los derechos de mi hijo por formalidades que la Corte Constitucional ya ha hecho sendos pronunciamientos al respecto, no son excusas para negar el derecho.”

- Declaración juramentada rendida por la accionante ante el juzgado de instancia el 20 de septiembre de 2006 en el cual reafirmó los hechos expuestos en la acción de tutela.

- Formularios de autoliquidación de aportes realizados a la E.P.S Salud Total de los meses de septiembre y diciembre de 2005 y los meses de enero a septiembre de 2006.
- Certificado de “nacido vivo” N° A7285584 donde aparecen entre otros, los siguientes datos: fecha de nacido 25 de agosto de 2006, tiempo de gestación 39 semanas.

V. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

El 20 de septiembre de 2006, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta tuteló los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, salud y seguridad social solicitados por la señora Yesenia Mabel Musso Rocha al encontrar que con el no pago de la licencia de maternidad se presume el perjuicio causado por la E.P.S. demandada tanto a la madre como al hijo.

Segunda instancia

5. HECHOS:

5.1. Expediente T-1521493

- Mediante apoderado judicial, la accionante afirma que se encuentra afiliada a la E.P.S. Salud Total en calidad de cotizante desde el 9 de febrero de 1999 en la empresa “Serv Tempor Presencia Inteligente”.
- En el mes de diciembre la accionante laboró solamente seis (6) días en la empresa, los cuales fueron cancelados a la E.P.S.
- En el mes de enero de 2005, el empleador reportó la novedad de ingreso nuevamente de la accionante a la empresa, conservando su antigüedad de 7 años.
- El 28 de junio de 2005 nació su hijo, brindándole la E.P.S. toda la atención requerida tanto al menor como a ella.
- El médico tratante le expidió la incapacidad por 84 días, razón por la cual, solicitó el pago de la licencia a la E.P.S. Salud Total donde le respondieron que no tenía derecho a que se le

cancelará dicho pago, ya que no había cotizado veinticuatro (24) semanas de las 37 que duró el período de gestación.

- Solicita ordenar a la E.P.S. Salud Total que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, cancele la licencia de maternidad.

5.2. Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. Salud Total de Barranquilla en respuesta al Juzgado Primero Penal Municipal de 22 de febrero de 2006, manifestó que la accionante se encuentra afiliada desde el 2 de septiembre de 1999; a la fecha se encuentra afiliada como cotizante dependiente de la empresa "Serv Tempor Presencia Inteligente", de la cual se retiró el 30 de enero de 2006, quedando activa su afiliación hasta el 30 de febrero del mismo año.

Aclaró la entidad de salud, lo siguiente:

"... la fecha en la cual se hace exigible el pago de la obligación por concepto de licencia de maternidad a favor de la actora, es la misma fecha del parto, esto es, 28 de julio de 2005, por ochenta y cuatro (84) días, es decir que la licencia de maternidad a favor de la actora habría de finalizar en el mes de Octubre de 2.005, fecha a partir de la cual la señora CASSIANI REYES estaba apta para reiniciar nuevamente sus actividades como trabajadora dependiente del empleador en mención.

"Nótese señor Juez que ya ha pasado un poco mas del término de los 84 días desde que el derecho al reconocimiento económico por licencia de maternidad a favor de la actora se hizo exigible, esto es, en el momento de la fecha de parto, que según se pudo establecer data del día 28 de julio de 2.005, derecho que la actora pretende le sea reconocido actualmente a través de la presente acción de tutela, hecho que en todo caso genera la improcedencia de la misma, ya que después de transcurrido el término de la licencia el elemento de la protección inmediata del derecho sobre el cual se busca protección ha dejado de existir.

"Igualmente un factor importante que torna improcedente la acción de tutela de la referencia, es que la misma solo es viable cuando es instaurada durante el término de duración del descanso por licencia de maternidad, pues, superado dicho término, ya se pierde cualquier tipo de vulneración al mínimo vital y a los derechos fundamentales de la

actora en este caso.

“(…)

“En efecto tenemos que entre Febrero de 2.005 y Julio de ese mismo año hay 6 meses por 4 semanas que trae cada mes, nos arroja un total de tan solo 24 semanas de cotización, las cuales repito confrontadas con el número de semanas que duró su período de gestación (37), nos lleva a la conclusión inequívoca de que la actora no cotizó al Sistema de Seguridad Social en Salud “durante todo su período de gestación en curso”, conforme lo prevé el ordinal 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2.000 ...”

En último lugar, la E.P.S. afirmó que de los aportes realizados durante el período de gestación no tuvieron como mínimo cuatro (4) pagos oportunos, como lo exige la norma¹, al momento del nacimiento de su hijo, de tal suerte que, el efectuar los pagos dentro del término establecido, se constituye en una obligación necesaria para generar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

5.3 Pruebas

- Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 32.744.701 de Barranquilla mediante la cual se constata que la accionante cuenta con 39 años de edad.
- Carné de afiliación desde el 9 de febrero de 1999 a la E.P.S. Salud Total a nombre de la accionante como cotizante.
- Licencia de maternidad de la Fundación Centro Médico del Norte de 29 de septiembre de 2006, por 84 días.
- Respuesta negativa a la solicitud de pago de licencia de maternidad realizada por la señora Manuela Cassiani Reyes por parte de la E.P.S. Salud Total, fechada 8 de agosto de 2005.
- Solicitud de información de afiliación a Salud Total de 21 de noviembre de 2005, dirigido a la señora Manuela Cassiani Reyes. La entidad le informó a la accionante que verificado en la base de datos se surtió afiliación al régimen contributivo con esta entidad a partir del 2 de septiembre de 1999, en calidad de trabajador dependiente del aportante Serv Tempor Presencia Inteligente.

VI. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

El 28 de febrero de 2006, el Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla tuteló los derechos fundamentales invocados por la señora Manuela Cassiani, habida consideración que existen circunstancias en las cuales se afecta el mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido.

Segunda instancia

El 4 de septiembre de 2005, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla revocó el fallo del a quo, en lo referente a la controversia que se ha planteado, en el sentido que la paciente no tiene derecho a que la accionada le pague la licencia de maternidad, habida cuenta de que solamente cotizó 24 semanas y no las 37 semanas que duró el embarazo.

Agregó el Juez que la accionante puede acudir a la justicia ordinaria laboral para que se dirima a quien le corresponde dicho pago, si al empleador o a la entidad demandada.

6. HECHOS:

6.1. Expediente T-1519088

- La señora Lourdes Duncan ingresó a la empresa ARC Internacional Ltda. el 5 de enero de 2004, siendo afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud.
- El 18 de diciembre de 2004 se venció el contrato de trabajo, el cual, fue renovado el 3 de enero de 2005, sin perder continuidad ni antigüedad en la E.P.S. Salud Total.
- El 18 de diciembre de 2005, la E.P.S. le expide la incapacidad por 84 días, negando el pago de la licencia de maternidad, en razón a que la accionante no cumplió con el período mínimo de cotización establecido por la ley. La E.P.S. no determinó el tiempo que la accionante había dejado de cotizar.
- Solicita la accionante se le protejan sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, seguridad social, salud y mínimo vital. En consecuencia, se ordene a la E.P.S. Salud Total el pago de la licencia de maternidad.

6.2. Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. Salud Total de Barranquilla el 27 de junio de 2006, en respuesta al Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla le informó que la señora Lourdes Duncan Domínguez, se afilió inicialmente al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Salud Total E.P.S. a partir del 3 de febrero de 2000, con el empleador ARC Internacional Ltda. hasta el 30 de junio de 2005.

Con posterioridad ingresó nuevamente a trabajar con el mismo empleador el día veinticinco de julio de 2005. El primero de marzo de 2006 la novedad se retiró, contando para ese momento con un total de 284 semanas cotizadas al sistema.

Finalmente, afirma la E.P.S. Salud Total que el pago de la licencia de maternidad a quien le corresponde es al actual empleador ARC Internacional Ltda.

6.3. Pruebas

- Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 32'689.774 de Barranquilla donde se constata que la accionante cuenta con 33 años de edad.
- Carné de afiliación a la E.P.S. Salud Total a nombre de la accionante quien cotiza desde 2 de marzo de 2000.
- Certificado Licencia de Maternidad generada por el médico tratante adscrito a la E.P.S. Salud Total, fechada 16 de diciembre de 2005, por un total de 84 días.
- Respuesta negativa de 16 de diciembre de 2005 de la E.P.S. Salud Total a la solicitud de pago de licencia de maternidad por parte de la señora Lourdes Duncan. La entidad le informó que esa decisión fue debido a que los períodos pagados no fueron de manera continúa.
- Respuesta de la empresa A.R.C. Internacional Ltda., fechada 12 de julio de 2006 dirigida al Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla. El representante legal manifestó que la señora Lourdes Duncan había laborado desde febrero de 2000, fue afiliada al Sistema Integral de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgo profesional, y cumplió de manera oportuna con el pago de dichas obligaciones.

Aclaró el representante, que la señora Duncan cotizó a la E.P.S. Salud Total desde febrero de 2000 a diciembre 2005, mes en el que tuvo a su hijo, por lo que cotizó durante todo el embarazo.

- Copias de los aportes realizados por parte de los empleadores a la E.P.S. Salud Total de los meses de abril a diciembre de 2005.

VII. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

Agregó que la accionante cumplió con el requisito del Decreto 1804 de 1999, es decir, que cotizó oportunamente por lo menos cuatro de los seis meses inmediatamente anteriores al parto.

Segunda instancia

El 19 de septiembre de 2006, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, revoca el fallo del a-quo, manifestando que la ley establece que en casos como el presente, cuando no se cumplen los requisitos mínimos para acceder al pago de la licencia de maternidad por parte de la E.P.S. a la cual la accionante se encuentra afiliada, es el empleador al que le corresponde realizar ese pago.

Diferente es que al empleador no se le ha solicitado el pago de la licencia de maternidad y más aún cuando, éste está convencido que como se encuentra al día en los pagos, no está obligado a cancelar la licencia de maternidad.

VIII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

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

IX. FUNDAMENTO JURÍDICO

1. Problema Jurídico

En los casos bajo estudio, la Sala de Revisión analizará si las E.P.S. Famisanar, Sanitas, y Salud Total, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social y mínimo vital y móvil de las accionantes y sus menores hijos, al no autorizarles el pago de la licencia de maternidad. Mediante las acciones de tutela solicitan que les sea cancelado el monto correspondiente a las licencias de maternidad que les fueron reconocidas, siendo necesario éste pago para subsistir junto con sus menores hijos.

La Carta Política² en su artículo 43 estableció una categoría de personas que, dada la situación de particular vulnerabilidad en que se encuentran, son sujetos de especial protección dentro del Estado Social de Derecho; tal es el caso de la niñez, las personas de la tercera edad, y las mujeres embarazadas, entre otros.

Es claro entonces que el objeto de la licencia de maternidad, como prestación económica, es brindar a la madre un descanso remunerado con el fin de que se recupere del parto, y la posibilidad de brindarle al recién nacido el cuidado y la atención requerida.³

Es así como la Corte Constitucional en lo referente al pago de la licencia de maternidad desarrolló y determinó los siguientes criterios:

“1. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con 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 configura un derecho fundamental por conexidad y por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.⁴

“2. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela.⁵

“3. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con

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

“4. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.⁶

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

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

“Estimó la Corte en esa oportunidad que frente a reclamos de tal naturaleza existe una protección doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse como tal.⁷”

En resumen, es jurisprudencia constante y uniforme de la Corte que proceda la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad, ya que dicho salario se constituye en su

único ingreso de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para el recién nacido.

En este orden de ideas, la normas que protegen a la mujer embarazada y al recién nacido exigen a los jueces de tutela la defensa de los derechos fundamentales aplicando los medios judiciales que de acuerdo con cada caso en particular garanticen el cumplimiento eficaz de la ley y de los parámetros constitucionales descritos.

3. El deber de cotizar durante el período de gestación debe analizarse en cada caso específico

De acuerdo con el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el reconocimiento de la prestación de la prestación económica por maternidad requiere que la afiliada haya cotizado al Sistema de Seguridad en Salud, como mínimo, durante todo el período de gestación.

En la Sentencia T- 520 de 20068, la Corte Constitucional señaló que a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros. Al respecto se indicó lo siguiente:

“Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el periodo de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros.

La Sala constata que, en efecto, en los términos en los cuales está establecido el mandato de pago de todo el período de gestación no se establece un tiempo predeterminado de embarazo en meses o semanas.

En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 indica:

“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 periodo igual al periodo de gestación.”.

Además, el Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2, señala:

“Periodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

De tal manera, las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el período de gestación.⁹

Por consiguiente, la Sala estudiará si en los casos bajo estudio, se cumplen los criterios que esta Corporación ha tenido en cuenta para que proceda la protección constitucional respecto al pago de la licencia de maternidad, dado que la aplicación de las normas enunciadas debe asegurarse en consideración a cada caso concreto.

4. Allanamiento a la mora

Otro de los temas que debe estudiarse en estos casos es el allanamiento a la mora. La Corte estableció en su jurisprudencia, que si las entidades prestadoras de salud aceptan la mora por parte del empleador o cotizante independiente, esto es, que las entidades de salud no manifiesten su inconformidad al momento del pago de los aportes que éstos realicen, no pueden argumentar la mora con el fin de negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, ya que en dichos casos operaría el allanamiento a la mora, causada por la misma negligencia de éstas entidades para realizar los cobros teniendo a su alcance los medios legales para hacerlo.

La sentencia T-921 de 2005¹⁰, en relación a la teoría del allanamiento a la mora, señaló lo siguiente:

“... aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la E.P.S. demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la E.P.S. demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora...” (Sentencia T-921 de septiembre 21 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).”

“La jurisprudencia de esta Corte ya ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora patronal

por parte de la E.P.S.. específicamente en la sentencia T-458 de 199911, en casos de negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, pues se consideró que:

“...en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes” la E.P.S. no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría “una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador”¹². Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, “pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social”¹³.

5. Madre gestante cabeza de familia

Las madres que son cabeza del grupo familiar, tienen especial protección por parte del Estado y de la sociedad, ya que en ellas recae la obligación de sostener el hogar. La Constitución Política en su artículo 43 estableció:

“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.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

“”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”. (negrilla fuera de texto)

Asimismo, las garantías previstas en la Constitución Política y en la Ley 790 de 2002 para la mujer cabeza de familia, son acordes con lo expuesto sobre la materia, por la jurisprudencia de esta Corporación.

Al respecto la Corte Constitucional sobre la protección reforzada a las mujeres cabeza de familia, dijo:

“El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad’14.

“En el sistema normativo colombiano las madres cabeza de familia gozan de una protección reforzada, consecuente con el deber que tiene el Estado de brindarles apoyo, pues de esta manera se ampara a la familia y, según el caso, a los niños y a las personas de la tercera edad, en consideración a la forma como esté integrado cada núcleo familiar.”15

Por tanto, las madres cabeza de familia gozan de una protección constitucional reforzada, lo cual es consecuencia del apoyo que el Estado les brinda y les presta, teniendo como objetivo primordial, proteger al núcleo familiar inmediato, el cual puede estar conformado por los hijos menores de edad como por personas discapacitadas que aquella tenga a su cargo.

X. ANALISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

En los seis casos sometidos a estudio, las accionantes manifiestan la urgencia del pago de la licencia de maternidad, pues es el único medio de subsistencia con que cuentan ellas y sus hijos, existiendo además, algunos casos en los cuales las accionantes tienen otras personas a su cargo haciendo más gravosa la situación económica de estos hogares.

Por su parte, las E.P.S. demandadas afirmaron que no se les autorizó el pago de la licencia de maternidad a las accionantes en razón que éstas no habían realizado los aportes durante todo el período de gestación, no cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en la normativa

del Sistema General de Seguridad Social.

Conforme a lo manifestado por las accionantes y las entidades de salud demandadas, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- Tutela número T-1525077. En este caso la señora Maribel Rodríguez manifestó que tuvo a su hija el 29 de junio de 2006, y que había cotizado durante todo el período de gestación¹⁶. Para demostrar estos hechos, allegó como pruebas las planillas de pagos de los aportes realizados durante todo el período de gestación y la certificación emitida por parte de la E.P.S. Famisanar en la que se constata que la accionante realizaba los aportes a salud en esa entidad desde octubre de 1998.

Así mismo, se verificó mediante la misma certificación que desde antes, durante y después del período de gestación, la accionante había cumplido con los aportes a salud. Se tiene entonces que para la fecha en que la señora Rodríguez tuvo a su hija se encontraba al día en dichos pagos.¹⁷ Lo anterior desvirtúa el dicho de la E.P.S. Famisar, al manifestar que la accionante sólo había cotizado 38 semanas, no cumpliendo de esta manera con el requisito de ley de cotizar igual al período de gestación.

- Tutela número T-1522144. En esta acción de tutela la señora María Isabel Trujillo expresó al Juez de instancia, que no había cotizado el período completo de gestación toda vez que el médico le había adelantado el parto, al diagnosticársele Diabetes Gestacional, enfermedad que ponía en riesgo tanto la vida de ella como la de su hijo.¹⁸ De lo anterior, se anexó copia de la historia clínica en la que aparece probado que a la accionante le fue diagnosticada la enfermedad y de la cual, la E.P.S. no hizo referencia alguna.

Efectivamente, esta Sala encuentra que no fue desvirtuada la afirmación de la accionante por parte de la E.P.S. Salud Total. Lo anterior significa que la accionante cotizó 36 semanas en virtud del adelanto del parto, lo cual se justifica y explica. Por tanto, se trata de situación excepcional que se justifica por cuanto se trataba de proteger el derecho a la vida de la accionante.

La entidad prestadora de salud tenía la obligación de estudiar las circunstancias de este caso específico para no exigir el cumplimiento del requisito de haber cotizado durante el período de gestación, por cuanto se presentó una situación de urgencia que implicaba que corría

riesgo la vida de la accionante y de su hijo.

- Tutela T- 1525552. En este caso la E.P.S. Salud Total negó el pago de la licencia de maternidad a la señora Leguizamón por cuanto que la actora no cotizó el mes de mayo de 2005.

La accionante mediante relación de aportes de salud¹⁹ realizados a la E.P.S. Salud Total demostró que los pagos fueron efectuados por los empleadores para los cuales trabajó, y que dichos pagos fueron cancelados de manera continua desde enero de 2005 a septiembre de 2006.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la fecha de nacimiento de la menor fue en el mes de enero 2006, la Sala desvirtúa el dicho de la E.P.S. Salud Total, en el sentido que la accionante no había cotizado de manera ininterrumpida, específicamente el mes de mayo de 2005²⁰, por cuanto, se encuentra probado a folios 9 y 10 que se cotizaron 30 días del mes de mayo de 2005, por parte del empleador José Manuel Ramírez Parra.

- Tutela T-1522172. En esta tutela la señora Yesenia Mabel Musso allegó los formularios de autoliquidación de los aportes a la E.P.S. Salud Total. Mediante estos documentos se prueba que se cancelaron, diez (10) días del mes de septiembre y diecinueve (19) días del mes de diciembre del año 2005, tiempo en el que cubrió las licencias laborales en un juzgado, y los aportes de los meses de enero a septiembre del año 2006.

Está probado que la señora Yesenia Musso cotizó 34.2 semanas del período de gestación. Esto se deduce de las siguientes pruebas: a) A folios 8 y 9 se encuentra el formulario de aporte a la E.P.S. Salud Total por diecinueve (19) días del mes de diciembre de 2005 efectuados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Magdalena, entidad que cubrió una licencia la accionante, y b) A folios 10 a 18 se encuentran los formularios de aportes a la E.P.S. Salud Total de los meses de enero a septiembre de 2006, pagos que fueron cancelados en su totalidad por la accionante como cotizante independiente.

Según jurisprudencia de esta Corte este término dejado de cotizar no impide el pago de la licencia de maternidad. En efecto la Corte ha dicho:

“... la negativa de la entidad demandada en reconocer y pagar esta prestación, se fundaba en un argumento formal que pretendía hacerse prevalecer sobre el derecho sustancial al descanso remunerado en la época del parto. Para la Corte, además existía duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el periodo de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002; duda que no podía ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas²¹. En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el periodo de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo. Por esta razón, en el caso que fue objeto de revisión, la Corte, aplicó las normas constitucionales que constituyen el plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para sus hijos menores de un año.”²²

Por tanto, como se ha precisado por esta Corporación, todos los operadores jurídicos y las entidades prestadoras de salud, están obligados a respetar los mandatos constitucionales al tomar decisiones en situaciones como la inmediatamente planteada. Decisiones que deben estar encaminadas a garantizar los valores y principios contenidos en la normativa constitucional.

En el presente caso, se deduce que la E.P.S. Salud Total no tuvo en cuenta las circunstancias planteadas por la accionante, es decir, la situación económica por la que atraviesa, teniendo como único ingreso su salario (\$408.000,00), al exigirle a la señora Musso, el cumplimiento de cotización durante el período de gestación, sin tener en cuenta la protección especial que se le debe brindar tanto a la madre como al recién nacido.

- Tutela T-1519088. En esta tutela el empleador contestó al juez de primera instancia, que la afirmación realizada por la E.P.S. Salud Total en lo referente a que la accionante no cumplía con el período mínimo de cotización establecido por la ley, no era cierta, ya que la empresa había cumplido con el total de los aportes de la señora Lourdes Duncan durante el período de su gestación. En efecto el empleador allegó como pruebas los formularios de autoliquidación²³.

Conforme a lo manifestado por el empleador la Sala encuentra probado dentro del expediente que en ningún momento éste dejó de cotizar al Sistema de Salud. Por esta razón,

no existe justificación alguna para que la E.P.S. hubiera negado el pago de la licencia de maternidad a la señora Lourdes Duncan.

- Tutela T-1521493. En este caso la Sala considera que la señora Cassiani Reyes incurrió en un retraso de días a lo que inicialmente se le había determinado para cancelar, esto es, que la fecha oportuna de pago era los días siete (7) de cada mes y la accionante cancelaba entre los días nueve (9) u once (11) del mes, convirtiéndose en pagos extemporáneos.

Sin embargo, comprueba la Sala que la E.P.S. Salud Total, recibió, sin oposición, ni manifestación alguna de su inconformidad los aportes de cotización efectuadas por la actora, de donde se concluye que la E.P.S. se allanó a la mora patronal.

Advierte la Sala que en los seis casos descritos, las acciones de tutela se interpusieron dentro del año subsiguiente al parto, cumpliéndose de esta manera con los requisitos que esta Corporación ha señalado para que sean protegidos de manera excepcional los derechos fundamentales, tanto de las madres como de sus hijos. Por lo anterior, no resulta de recibo lo manifestado por algunas de las de las E.P.S. en el sentido de no cumplirse el requisito del término para interponer la acción de amparo.

Por lo tanto, en los casos bajo revisión se inaplicará las citadas normas y, en su lugar, se dará aplicación prevalente a las normas de mayor jerarquía, esto es, a los artículos 43, 44 y 53 de la Constitución, que establecen la especial protección al trabajo y a la madre cabeza de familia, a la especial protección del recién nacido, a la mujer durante el embarazo y la época subsiguiente al parto, así como para los hijos de éstas menores de un año²⁴, máxime cuando la falta de pago de la licencia de maternidad se traduce en la vulneración del mínimo vital de las aquí accionantes y sus hijos recién nacidos.²⁵

Por las razones expuestas en la presente providencia, la Sala revocará las sentencias proferidas por el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva, Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla, y Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla.y en su lugar concederá el amparo pretendido por las accionantes.

XI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR los fallos proferidos dentro del expediente T-1525077 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá el diez (10) de noviembre de 2006 que decidió confirmar la sentencia del Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá de catorce (14) de septiembre de 2006 que negó la acción de tutela a la señora Maribel Rodríguez Rodríguez

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada por la señora Maribel Rodríguez Rodríguez. Por consiguiente, ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., Seccional Bogotá que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicita por la señora María Isabel Trujillo Ramírez. Por consiguiente, ORDENAR a SANITAS E.P.S., Seccional Neiva que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

TERCERO. REVOCAR el fallo proferido dentro del expediente T-1525552 por el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, el 3 de noviembre de 2006.

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicita por la señora Luz Marina Leguizamón. Por consiguiente, ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S., Seccional Bogotá que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

CUARTO. REVOCAR el fallo proferido dentro del expediente T-1522172 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta el veintitrés (23) de octubre de 2006, que decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta el veinte (20) de septiembre de 2006.

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada por la señora Yesenia Mabel Musso Rocha. Por consiguiente, ORDÉNASE a SALUD TOTAL E.P.S., Seccional Santa Marta que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

QUINTO. REVOCAR el fallo proferido dentro del expediente T-1521493 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el cuatro (4) de septiembre de 2006, que decidió revocar la sentencia proferida por el fallo del Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla el veintiocho (28) de febrero de 2006.

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada por la señora Manuela Cassiani Reyes. Por consiguiente, ORDÉNASE a SALUD TOTAL E.P.S., Seccional Barranquilla que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

SEXTO. REVOCAR el fallo proferido dentro del expediente T-1519088 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el 19 de septiembre de 2006, que decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla el 12 de julio de 2006.

En consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada por la señora Lourdes Duncan Domínguez. Por consiguiente, ORDÉNASE a SALUD TOTAL E.P.S., Seccional Barranquilla que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, si no lo ha hecho todavía, proceda a pagar la licencia de maternidad a la accionante.

SEPTIMO. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para los casos concretos de las señoras Maribel Rodríguez Rodríguez, María Isabel Trujillo Ramírez, Luz Marina Leguizamón Alonso, Yesenia Mabel Musso Rocha, Manuela Cassiani Reyes y Lourdes Duncan Domínguez, el Decreto 806 de 1998, artículo 63 y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2º.

OCTAVO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación 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

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Decreto 1804 de 1999 en concordancia con el Decreto 106 de 1999.

2 El Artículo 43 de la Constitución Política dispone que la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado y que recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

3 El derecho al reconocimiento y pago del descanso por maternidad o licencia de maternidad, se encuentra consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993, que establecen que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso.

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

5 Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02.

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

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

8 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-1243 de 2005. Entre otras Sentencias se pueden consultar las siguientes: T-906 de 2006, T-053 de 2007 y T-122 de 2007.

10 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

12 Sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

13 Ibídem.

14 Sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Folios 44 y 47.

17 Folios números 12 al 14.

18 A folio 11 se anexo la historia clínica de la accionante donde aparece diagnosticada la enfermedad Diabetes Gestacional por el Dr. Jaime Jordán Garzón.

19 Folios 1 y del 2 al 13.

20 A folios 9 y 10 se constata el pago del mes de mayo mediante los formularios de autoliquidaciones de aportes de la E.P.S. Salud Total

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

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

23 Folios 40 al 51.

24 Entre otras Decisiones en el mismo sentido, puede consultarse las sentencias T - 931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas y T - 304 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería, las cuales han sido reiteradas en la sentencia T-549 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

25 La Corte Constitucional en las sentencias T-075 de 2001, T-157 de 2001, T-161 de 2001, T-473 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-1224 de 2001, T-702 de 2002 y T-053 de 2007, entre otras, con el fin de hacer efectiva la especial protección de la cual goza la mujer, no sólo durante el período de gestación, sino después del parto, de manera excepcional ha considerado que la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuando ante la ausencia del mismo se vulnera de manera directa el mínimo vital no sólo de la madre sino del recién nacido, dado el carácter prevalente de sus derechos.