

Sentencia T-505/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional/LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto

LICENCIA DE MATERNIDAD-Cotizaciones al Sistema de Seguridad Social fueron extemporáneas/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS

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

Referencia: expediente T-1568812

Acción de tutela de Neyer Narly Suárez, contra la EPS del Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá, D.C., dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Neyer Narly Suárez, está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS del Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de noviembre de 2.005, fecha en la cual comenzó a cotizar como trabajadora de la Fundación Vivencias.

Afirma que en razón a que el 30 de septiembre de 2.006 nació su hijo, solicitó a la EPS del ISS

el pago de su licencia de maternidad, la cual “liquidaron en ceros”, argumentando para ello que la afiliada debe haber cotizado de manera ininterrumpida y completa durante el periodo de la gestación, y además que los pagos debían efectuarse el cuarto día hábil de cada mes.

Sostiene que si bien algunos pagos se realizaron extemporáneamente, el retraso fue solamente de un día para los meses de marzo a julio de 2006 y los meses de enero y febrero del mismo año se cancelaron a tiempo, como se observa en las planillas de pago que adjuntó a la demanda.

Afirma que “no puedo creer que la norma se rija tanto por un día, sabiendo que siempre he pagado mis aportes a la EPS desde el año 2002, además que durante mi embarazo siempre cotice ininterrumpidamente mis aportes, y el ISS siempre recibió dicho dinero (deuda consentida), además no solo cumplí con el requisito de las cuarenta semanas, sino que continuo cotizando para la entidad.”

2. Las pretensiones.

La accionante solicita la protección de los derechos fundamentales de petición y mínimo vital y además que se ordene a la EPS del Instituto de Seguros Sociales, el pago de la licencia de maternidad a la que considera tener derecho toda vez que “a) siempre he pagado mi EPS ininterrumpidamente antes; durante y después de mi periodo de gestación b) durante el tiempo de esta licencia no devengará ingresos y me veo afectada en mi mínimo vital. c) Quiero estar cerca de mi bebe durante mi licencia de maternidad, para darle todo mi afecto y valiosa alimentación d) Soy madre soltera y cabeza de familia. E) Debo de pagar arriendo, servicios públicos, entre otras deudas que no dan espera.”

3. La respuesta de la entidad accionada.

El Coordinador de Subsidios Prestacionales de la EPS del ISS, dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito radicado ante el Juzgado de conocimiento, en el que señaló que para la entidad demandada no es procedente reconocer y pagar la prestación económica solicitada, toda vez que la Fundación Vivencias presenta pagos extemporáneos, ya que de conformidad con el plazo establecido en el Decreto 1406 de 1999, los pagos se hicieron después del 4 días hábil de cada mes. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, en los casos en que no se haya verificado el pago de

las cotizaciones en forma oportuna, queda en cabeza del empleador el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad solicitada.

4. La decisión objeto de revisión.

Mediante sentencia proferida el 15 de febrero de 2007, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá, D.C., negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la actora. Consideró que la entidad accionada no vulneró el derecho de petición, toda vez que habiendo sido radicada la solicitud el 21 de noviembre de 2006, fue respondida el 6 de diciembre del mismo año, es decir, dentro del término de los 15 días establecido en el artículo 6° del CCA. Adicionalmente estimó, que no obstante que de conformidad con su situación personal expuesta en la demanda, la cual no fue controvertida por la entidad demandada, es evidente que la falta de pago de la licencia de maternidad sí afectó el mínimo vital de la actora y de su menor hijo, éste ya fue consumado por cuanto "...para la fecha en que se admitió la demanda de tutela ya había transcurrido un mes desde que se cumplió el término de la licencia, pues según el certificado de incapacidad o licencia por maternidad que aportó la demandante, fue reconocida desde el 30 de septiembre de 2006, por un período de 84 días, es decir hasta el 22 de diciembre del mismo año."

5. Pruebas relevantes allegadas en la instancia.

5.1 Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la actora. (Folio 3)

5.2 Fotocopia del formulario de afiliación a la EPS del Seguro Social, a nombre de Neyer Narly Suárez Ávila, con fecha de radicación noviembre 21 de 2005, suscrita por el empleador Fundación Vivencias. (Folio 4)

5.3 Fotocopia del formato mediante el cual la EPS negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en el cual se señala como causal haberse realizado el pago de los aportes en forma extemporánea (Folio 5)

5.4 Fotocopia de la Licencia de Maternidad No. 110040149789, expedida el 4 de octubre de 2006 por la EPS del ISS, sin reconocimiento económico. (Folio 6)

5.5 Fotocopia del Formato de reporte de la empresa Fundación Vivencias de la licencia de maternidad de la accionante para su reconocimiento por la EPS del ISS con fecha de

radicación del 21 de noviembre de 2006. (Folio 7)

5.6 Fotocopia de las planillas de pago de las cotizaciones al ISS, correspondientes a los meses de diciembre de 2005 y de enero a diciembre de 2006. (Folios 8 a 31)

II. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES.

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

2. El asunto bajo revisión.

Corresponde a la Corte Constitucional decidir en esta oportunidad, si la EPS del Instituto de Seguros Sociales ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con el argumento de que su empleador realizó extemporáneamente el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala expondrá la doctrina constitucional establecida por esta Corporación frente a: (i) la protección constitucional a la mujer embarazada, la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad y la presunción de vulneración del mínimo vital de la madre y de su menor hijo, (ii) el allanamiento a la mora por el pago extemporáneo de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y (iii) realizará el estudio del caso concreto.

3. Protección constitucional a la mujer embarazada. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Presunción de la vulneración al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido.

La Corte Constitucional ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto¹. Esta obligación surge en cabeza del Estado colombiano, entre otras cosas, por la aprobación y posterior ratificación que éste ha hecho de

múltiples tratados y convenios internacionales que propenden por la salvaguarda de los derechos de las mujeres y de la niñez. En efecto, instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), incluyen dentro de sus articulados las obligaciones en cabeza de los Estados parte de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo; así mismo, la de dar especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto esto mediante la concesión de una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social².

En virtud de lo anterior, se resalta que la licencia de maternidad es un instrumento idóneo con el fin de garantizar los derechos fundamentales y la protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad y a la población infantil recién nacida. En consecuencia, tal prestación es inescindible de derechos, tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y su pequeño hijo. Por esto, los mismos imperativos supraleales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no la desconocen. Es así como la Constitución Colombiana desarrolló una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable (art. 13) y la disposición superior del artículo 43 según la cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

La licencia de maternidad consagrada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo³ es una de las modalidades para garantizar la especial protección de la mujer consagrada en el artículo 13 del Ordenamiento Superior. La Corte ha sostenido que la licencia de maternidad, 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 vida⁴.

No obstante que la licencia de maternidad es un derecho de naturaleza prestacional y por

tanto su pago en principio, en caso de no verificarse, deberá ser solicitado a través de la justicia ordinaria mediante el proceso ejecutivo laboral, el cual se constituye como el mecanismo judicial idóneo, esta Corporación ha venido sosteniendo en múltiples pronunciamientos la necesidad de proteger a la mujer alrededor de la gestación, dando así cumplimiento a lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política.

Por tal razón, la acción de tutela procederá excepcionalmente para reclamar el pago de la licencia de maternidad, cuando la madre y el recién nacido dependen de esta prestación o su mínimo vital se encuentre insatisfecho, motivos por los que su pago deja de ser un tema exclusivamente legal y se torna constitucionalmente relevante, pues la maternidad goza de especial asistencia y atención del Estado. En consecuencia, lo apremiante de esta situación demanda la intervención urgente del juez de tutela como medio expedito de protección para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. 5.

De otro lado, es importante tener en cuenta que aunque la acción de tutela no tiene término de caducidad⁶, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos de licencia de maternidad es viable el amparo cuando aquél se interpone dentro de un plazo máximo de un (1) año con posterioridad al parto⁷, contrario a la posición que la Corte había asumido anteriormente según la cual, luego de expirado el término legal de la licencia de maternidad – 84 días –, se consideraba consumado el daño producido a la actora con la negación del pago de esta prestación y, por tanto, que le restaba acudir a las instancias judiciales ordinarias para reclamar la declaración de este derecho y obtener su cancelación⁸.

Así entonces, la Corte Constitucional ha señalado que la prestación económica derivada de la licencia de maternidad puede exigirse a través de la acción de tutela cuando la madre y el recién nacido estén afectados en su mínimo vital. Se presume dicha afectación, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor. En tales casos, corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.⁹

4. Allanamiento a la mora por pago extemporáneo de las cotizaciones.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) reposa sobre los principios de universalidad y solidaridad (artículos 48 Constitución Política y 2 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales las personas con capacidad económica, la sociedad y el Estado deben

participar activamente en su financiación para lograr la cobertura prestacional de todos los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna, en cada una de las etapas de su vida. Con miras a procurar la realización de este loable propósito, es que el acceso a los servicios asistenciales y a las prestaciones económicas que reconoce el sistema se sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos, quizá los más importantes, la afiliación y el pago de la cotización.

En este sentido, los artículos 160 y 161 de la ley 100 de 1993, estipulan como obligación de los afiliados y beneficiarios pagar cuando les corresponda las cotizaciones, las cuales además, deben efectuarse en forma oportuna por los empleadores. Con relación a los empleadores, la ley prescribió sanciones para el evento en que no giraran oportunamente los aportes, consistentes en intereses moratorios, multas y hasta el traslado de la responsabilidad por los riesgos y eventualidades que cubre el sistema, naturalmente, incluido el de maternidad de sus trabajadoras (parágrafo del artículo 161 y artículo 210).

Ahora bien, con el objeto de evitar la evasión de los recursos y velar por el cumplimiento de las obligaciones que en materia de aportes establece la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1406 de 1999, reguló lo referente al Registro Único de Aportantes y las fechas en que los diferentes integrantes del sistema de seguridad social debían realizar los aportes respectivos. De igual manera, mediante el Decreto 1804 de 1999, el gobierno estableció una serie de requisitos para que los trabajadores independientes y empleadores tuviesen derecho a reclamar el pago o reembolso - esto último en caso de pago directo a las trabajadoras por parte del empleador - de la incapacidad originada por maternidad, entre ellos, que estos integrantes del sistema hubiesen cancelado en forma oportuna sus aportes por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21, numeral 1°).

Con relación al régimen de seguridad social en salud y las obligaciones de los empleadores dentro del mismo, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Las obligaciones legales de los empleadores respecto de este punto pueden sintetizarse en: inscribir a sus empleados en una empresa promotora de salud, pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores y girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la

E.P.S. (Art. 161 Ley 100 de 1993).

Cuando el empleador omite uno de estos deberes, en principio, tiene la obligación de asumir los costos de la seguridad social, y la entidad promotora de salud a su turno, tendrá derecho a esgrimir la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado a satisfacer las prestaciones pactadas (Arts. 79, 80, 81 del Decreto 806 de 1998; art. 1609 del Código Civil).” 10 (subraya fuera de texto).

No obstante, ésta Corporación también ha establecido que si los pagos realizados por el empleador fueron extemporáneos y la E.P.S. aceptó la mora, es decir, no alegó al momento del pago del aporte esa situación, ésta última no puede argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”.

Dijo la Corte frente a la figura en estudio en sentencia T- 1224 de 2001:

“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”.¹¹

Es así que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha modulado la aplicación de las previsiones de la ley 100 y sus decretos reglamentarios, en el sentido de que la sola mora en el pago de las cotizaciones no genera per se, el traslado de la responsabilidad al empleador por la licencia de maternidad o la pérdida de este derecho para la trabajadora independiente, cuando la respectiva entidad promotora de salud se ha allanado a recibir el pago extemporáneo.

5. Caso concreto.

En el presente caso la EPS del Instituto de Seguros Sociales negó la licencia de maternidad a la accionante, quien es trabajadora dependiente, argumentando que el reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada no es procedente por cuanto los pagos de las

cotizaciones al Sistema de Seguridad Social fueron extemporáneos, toda vez que se hicieron por fuera de los plazos previstos en la ley y por tanto le corresponde al patrono asumir la prestación económica solicitada, por expresa disposición en las normas que reglamentan la materia.

El Juzgado de instancia negó la tutela al no encontrar probada la vulneración del derecho de petición, por cuanto la solicitud de reconocimiento de la prestación fue respondida dentro de los términos de ley y además por cuanto en su criterio la acción no es procedente al haberse interpuesto luego de transcurridos cuatro meses después del parto y una vez cumplido el tiempo de la licencia de maternidad, razón por la que considera que la accionante cuenta con medios distintos de defensa judicial.

Sea lo primero precisar, que contrario a lo afirmado por el fallador de instancia en la decisión que es objeto de análisis por parte de esta Sala de Revisión, es clara la procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad reclamada por la señora Neyer Narly Suárez Ávila, por cuanto, en el presente caso es evidente que el no reconocimiento y pago de la prestación económica amenaza y vulnera el mínimo vital de la peticionaria y de su menor hijo.

Si bien en el expediente obra como prueba de la afectación del mínimo vital de la madre y de su hijo recién nacido, únicamente las declaraciones efectuadas por la accionante en su escrito de demanda, quien sostiene que es madre cabeza de familia, que durante el tiempo de duración de la licencia no devenga ingresos y además que debe pagar arriendo, servicios públicos y otras deudas que no dan espera, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación expuesta en forma precedente, la Sala presume su existencia.

De otra parte, es importante destacar que la accionante pertenece a un grupo humano vulnerable y titular de una especial protección del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, como son las madres cabeza de familia.

Ahora bien, en torno a la presunción de la afectación del mínimo vital por el no pago de la licencia reclamada, se debe tener en cuenta que, ni las afirmaciones de la accionante relacionadas con su precaria situación económica ni las relativas a ser madre cabeza de familia, fueron controvertidas por la entidad accionada en la oportunidad procesal, teniendo el deber de hacerlo por cuanto en estos casos la carga de la prueba se invierte quedando

radicada en cabeza de la EPS del ISS.

Así mismo, la Sala constata de una parte, que de conformidad con las planilla de pago de los aportes al ISS, obrantes a folios 8 a 31 del expediente, la accionante devenga mensualmente un salario mínimo y de otra parte, la reclamación del derecho prestacional por vía de tutela se hizo dentro del año siguiente al nacimiento, si se tiene en cuenta que la acción fue interpuesta el 31 de enero de 2007 y el parto se verificó el 30 de septiembre de 2006.

Por lo anterior, no le asiste duda a la Sala respecto a la procedencia de la acción de tutela, en procura de asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales que reclama la actora.

Ahora bien, no comparte la Sala las razones invocadas por la EPS del Instituto de los Seguros Sociales para negar el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, toda vez que al no ejercer oportunamente las acciones de cobro correspondientes ni oponerse al pago extemporáneo de las cotizaciones, se allanó a la mora y por tanto no puede ahora negarse a reconocer el derecho que le asiste a la accionante. En virtud de lo dicho, la Corte, con fundamento en el canon 4º constitucional dará aplicación directa y preferente a las disposiciones previstas en los artículos 13, 43, 44 y 48 superiores.

Por lo anteriormente expuesto se revocará la sentencia materia de revisión, y se dispondrá la correspondiente orden de pago de la licencia de maternidad a favor de la accionante y con cargo a la EPS del ISS.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2007, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Neyer Narly Suárez Ávila contra la EPS del Instituto de Seguros Sociales.

SEGUNDO: CONCEDER la tutela a la accionante por la vulneración de sus derechos a la

seguridad social en conexidad con el derecho al mínimo vital, y a la protección especial a la maternidad. En consecuencia, se ORDENA a la EPS del Instituto de Seguros Sociales que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta Sentencia, reconozca y pague a la señora Neyer Narly Suárez Acosta la licencia de maternidad que le fue reconocida.

TERCERO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver sentencia T-947 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

2 El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho

período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...”. Así mismo, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador aduce: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

3 El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece 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 Sentencia T-559 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Al respecto véase la sentencia T-765 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Jurisprudencia reiterada en las sentencias T-075 de 2001, T-996 de 2002, T-118 de 2003 y T-641 de 2004.

6 Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. Jurisprudencia reiterada en las sentencias T-389, T-390, T-504, T-550, T-551, T-584, T-640 y T-641 de 2004.

8 Este giro jurisprudencial se explicó así en la sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería: “Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia [refiriéndose a la posición jurisprudencial anterior], y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido. Es por ello que los argumentos de la sentencia T-311 de 19968 son perfectamente aplicables al caso concreto. Ese fallo dispuso:

(...)

Es un imperativo del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que ésta debe ser real, de carácter vinculante absoluto y permanente. Luego se afecta la dignidad de la madre y la salud del niño cuando se obstruye la eficacia de un derecho que ya ha sido reconocido cuando se otorga la licencia, pero que al reclamarlo ante la justicia escuetamente se le presenta a la interesada un argumento de simple procedimiento, dando a entender entre otras cosas que la madre perdió el derecho al pago de su licencia de maternidad.

(...)

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

No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección.

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 o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación.”. (Subrayas del texto)

9 Ver entre otras la Sentencia T-091 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Sentencia T-271 de 2004. M.P. Jaime Araujo Renteria.

11 Sentencia T-1224 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.