

Sentencia T-505/08

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago por tutela

LABOR DE REITERACION DE JUECES DE TUTELA/DEBER DE GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO JURIDICO

REVISION DE LOS FALLOS DE TUTELA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL-Cumple dos funciones

Conforme lo ha precisado esta Corporación, la eventual revisión de los fallos de tutela por parte del máximo y auténtico intérprete de la Constitución cumple dos funciones: i) una primaria que reside en la consolidación y armonización de la jurisprudencia relativa a la efectividad de los postulados y mandatos superiores en materia de derechos fundamentales y ii) una secundaria tendiente a determinar, en cada caso si los fallos objeto de revisión se ajustan o no a la Constitución. Los jueces de instancia y demás operadores jurídicos, entonces, han de servirse de dichas reglas jurisprudenciales para resolver problemas jurídicos ya definidos por la Corte.

REITERACION DE JURISPRUDENCIA-Es la técnica de aplicación de la Constitución dada la gran cantidad de reglas jurisprudenciales fijadas

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

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Reiteración de reglas expuestas en T-136/08

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes acumulados T-1804039, T-1807922, T-1808516, T-1808914, T-1809616, T-1811518, T-1812962, T-1813495, T-1813680 y T-1813806.

Acciones de tutela instauradas por Claudia Cristina Lugo Cano, Omaría Toscano Morantes, Jenny Astrid Barahona Torres, Luz Mireya Vera Valderrama, Nerly Magreg Cortés Murcia, Adriana Ortiz López, Mayerlyn Estela Guzmán Mesa, Gladys Gómez García, Elizabeth Cuaspa Hoyos y María Teresa Tordecilla Hernández contra las entidades promotoras de salud Colmédica, Solsalud, Cafesalud, Coomeva, Famisanar, Seguro Social y Saludcoop, respectivamente.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados dentro de los expedientes de la referencia por los juzgados 6 Civil Municipal de Pereira (T-1804039), 6 Civil Municipal de Bucaramanga (T-1807922), 15 Penal Municipal de Bogotá (T-1808516), 5 Penal Municipal de Bucaramanga (T-1808914), 29 Civil Municipal de Bogotá (T-1809616), 4 Civil Municipal de Pasto (T-1811518), 5 Penal Municipal y 4 Penal del Circuito de Barranquilla (T-1812962), 28 Civil del Circuito de Bogotá (T-1813495), 6 Penal Municipal de Pasto (T-1813680), 3 Penal Municipal y 3 Penal del Circuito de Montería (T-1813806).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional mediante Auto del 14 de febrero de 2008, decidió acumular los expedientes mencionados al considerar que guardaban unidad de materia, para que los fallos proferidos en dichas actuaciones fueran revisados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

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

En todos los expedientes, el supuesto fáctico de los casos de forma general, corresponde a aquella situación en la que una madre trabajadora afiliada como dependiente o independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud solicita a la entidad promotora de salud a la que ha venido cancelando los aportes, que le reconozca y pague la licencia de maternidad porque considera tener derecho, en razón del parto de su hijo y obtiene respuesta negativa fundada en que la trabajadora no cumple con los requisitos que establecen los Decretos reglamentarios 806 de 19981 y 047 de 20002

Salvo en los expedientes de las señoras Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616), Adriana Ortiz López (T-1811518), Gladys Gómez García (T-1813495) y Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) en donde las entidades accionadas alegaron que las afiliadas no habían realizado los pagos de forma oportuna, en los demás casos no se accedió al pago de la prestación económica porque los períodos de cotización no coincidían con los períodos de gestación de sus hijos.

Señalaron las accionantes, en todos los casos, que no cuentan con recursos económicos para procurar una digna subsistencia a sus bebés recién nacidos en tanto sólo devengan un salario mínimo, siendo algunas de ellas madres cabezas de familia y enfrentan una difícil situación económica.

Las entidades promotoras de salud³, por su parte, dentro del trámite de tutela reiteraron las razones que tuvieron para negar en su momento el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad solicitadas, invocando para el efecto, las disposiciones reglamentarias que establecen los requisitos en que se estructura esa prestación social. En la mayoría de los asuntos, las EPS tuteladas solicitaron que en caso de prosperar la acción de tutela se declarara la posibilidad de repetir contra el FOSYGA por el pago de las licencias de maternidad.

Finalmente, los jueces de instancia, a excepción del 29 Civil Municipal de Bogotá D.C.⁴, negaron la protección constitucional solicitada por las madres trabajadoras reconociendo que las tutelantes no cumplían con los requisitos contemplados en los actos administrativos invocados por las entidades promotoras de salud para acceder al pago de la licencia de maternidad.⁵

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

Expediente

Accionante

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

Tipo afiliación (i)

Fecha afiliación (ii)

Periodo cotizado para efectos de la licencia

Tiempo gestación

Razón de la negativa entidad

Fallo de primera instancia

Fallo de segunda instancia

1.T-1804039

Claudia Cristina Lugo Cano

Colmédica

i)Octubre 2/07

ii)Septiembre 13/07

i)Cotizante dependiente

ii)Junio 15/05

8 meses

9 meses

No cotizó 9 meses.

Juzgado 6 Civil Municipal Pereira Octubre 11/07. Niega. Debe asumir pago el empleador.

2. T-1807922

Omaira Toscano Morantes

Solsalud

i) Octubre 5/07

ii) Junio 12/07

i) Cotizante independiente

ii) Octubre 31/06

9 meses y dos semanas

9 meses y 3 semanas

Juzgado 6 Civil Municipal Bucaramanga. Octubre 19/07. Niega. Porque no cotizó durante todo el período de gestación.

3. T-1808516

Jenny Astrid Barahona Torres

Cafesalud

i)Octubre 3/07

ii)Marzo 5/07

i)Cotizante independiente

ii)Septiembre 5/06

6 meses y dos semanas

8 meses y dos semanas

No cumple períodos mínimos de cotización.

Juzgado 15 Penal Municipal Bogotá. Octubre 25/07. Niega No cumple períodos mínimos de cotización.

4. T-1808914

Luz Mireya Vera Valderrama

Coomeva

i)Octubre 11/07

ii)Mayo 27/07

i)Cotizante independiente

ii)Septiembre 15/05

7 meses

9 meses y tres semanas

No cumple períodos mínimos de cotización.

Juzgado 5 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga. Octubre 22/07. Niega porque no hubo cotización ininterrumpida.

Expediente

Accionante

EPS accionada

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

Tipo afiliación (i)

Fecha afiliación (ii)

Periodo cotizado para efectos de la licencia

Tiempo gestación

Razón de la negativa entidad

Fallo de primera instancia

Funda-mento del fallo de segunda instancia

5. T-1809616

Nerly Magreg Cortés Murcia

Coomeva

i)Octubre 23/07

ii)Marzo 8/07

i)Cotizante dependiente

iiAgosto 22/01

9 meses

10 meses

No se efectuaron en forma oportuna los pagos por lo menos durante 4 meses de los 6 anteriores a la fecha de causación.

Juzgado 29 Civil Municipal Bogotá. Noviembre 8/07. Niega. La acción es improcedente por haberse interpuesto por fuera del periodo de la licencia de maternidad, por lo cual la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

Adriana Ortiz López

Coomeva

i)Abril 23/07

ii)Abril 23/06

i)Cotizante independiente

ii)Octubre ./05

8 meses

9 meses

No se efectuaron en forma oportuna los pagos.

Juzgado 4 Civil Municipal de Pasto. Mayo 3/07. Niega. No cumple períodos mínimos de cotización.

7. T-1812962

Mayerlyn Estela Guzmán Mesa

Famisanar

i)Febrero 21/07

ii)Enero 22/07

i)Cotizante independiente.

ii)Septiembre 26/06

4 meses y 4 días

9 meses

No cumple períodos mínimos de cotización

Juzgado 5 Penal Municipal de Barranquilla. Marzo.6/07. Niega No cumple períodos mínimos de cotización.

Juzgado 4 Penal del Circuito de Barranquilla. Mayo 23/07. Confirma porque la accionante no cumplió con período mínimo de cotización.

8. T-1813495

Gladys Gómez García

Seguro Social

i)Noviembre 22/07

ii)Agosto 6/06

i)Cotizante independiente

ii)Enero 6/06

No se efectuaron en forma oportuna los pagos.

9. T-1813680

Elíizabeth Cuaspa Hoyos

Saludcoop

i)Agosto 24/07

ii)Septiembre 16/06.

i)Cotizante independiente.

ii)Agosto /05

5 meses

10 meses

Pagos extemporá-neos. Y no cotizó durante todo el período de gestación

Juzgado 6 Penal Municipal de Pasto. Sep.6/07. Niega porque la accionante sólo pagó 5 de las 9 mensualidades que debía cancelar.

10. T-1813806

Ma. Teresa Tordecilla Hernández

Saludcoop

i) Mayo. 11/07

ii) Enero 17/07.

i) Cotizante independiente

ii) Junio 2/06

8 meses y 1 semana

9 meses y tres semanas

No cumple períodos mínimos de cotización.

Juzgado 3 Penal Municipal Montería. Mayo 30/07. Niega porque la accionante no cotizó los períodos mínimos.

Juzgado 3 Penal del Circuito de Montería. Agosto 6/07. Confirma. La accionante tiene otro medio de defensa como es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema Jurídico

La Sala debe determinar si la negativa de las entidades accionadas de reconocer y pagar la licencia de maternidad solicitada por las trabajadoras tutelantes cuyos períodos de cotización no corresponden al período de gestación de sus hijos, o cuyos pagos fueron extemporáneos, vulnera el derecho al mínimo de vital tanto de éstas como de los recién nacidos, impidiéndoles procurarse una digna subsistencia en razón a la difícil situación económica que enfrentan.

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

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

En la adopción de la solución al problema jurídico, enmarcada dentro de su autonomía para interpretar los derechos fundamentales que, en cada caso, se puedan estar amenazando o violando, el juez de tutela no puede olvidar que la primera fuente de Derecho en el sistema normativo estructurado en nuestro Estado social de Derecho es la Constitución Política, norma jurídica que entre otros cánones hermenéuticos prescribe que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”⁶

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

De esta manera, si ya la Corte Constitucional previamente a la interposición de la acción de

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

Ya la Corte en la Sentencia T-566 de 1998 precisó sobre este particular que “en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia. El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez. Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.” 8 (Resaltado fuera de texto).

Si bien es cierto, que las sentencias que se profieren en sede de tutela tienen efectos inter partes, también lo es que conforme a la argumentación expuesta, dichos efectos no se oponen al carácter vinculante de la ratio decidendi de las mismas.⁹

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

De allí que conforme lo ha precisado esta Corporación,¹⁰ la eventual revisión de los fallos de tutela por parte del máximo y auténtico intérprete de la Constitución cumple dos funciones: i) una primaria que reside en la consolidación y armonización de la jurisprudencia relativa a la efectividad de los postulados y mandatos superiores en materia de derechos fundamentales y ii) una secundaria tendiente a determinar, en cada caso si los fallos objeto de revisión se ajustan o no a la Constitución.

Los jueces de instancia y demás operadores jurídicos, entonces, han de servirse de dichas reglas jurisprudenciales para resolver problemas jurídicos ya definidos por la Corte puesto que “en últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.”¹¹

Por lo anterior, la técnica de aplicación de la Constitución dada la gran cantidad de reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación es la reiteración¹² que de una parte, maximiza la función primaria de revisión de los fallos que realiza la Corte Constitucional y por la otra, asegura la efectividad de derechos a la igualdad de trato jurídico, la confianza legítima y la seguridad jurídica que estructuran la fuerza vinculante de la ratio decidendi de las sentencias de control de constitucionalidad concreto.

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

En consideración a que recientemente esta Corporación mediante la Sentencia T-136 de 2008¹³ resolvió un idéntico problema jurídico como el planteado en los expedientes acumulados en este trámite de revisión, esta Sala reiterará las reglas jurisprudenciales que allí fueron sistematizadas a cada caso concreto.

En efecto, en dicha providencia se estableció:

1. Que la licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,¹⁴ conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta

Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

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

3. Que la regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la Sentencia T-139 de 199915: “4.4. No existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia”.

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

5. Que en los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación económica debe ser privilegiada por el Estado.”¹⁶ Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.

6. Que el derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de

maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”¹⁷

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

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

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

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

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si los casos analizados son de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

4. Casos concretos

Del material probatorio que reposa en los expedientes se advierte que en todos los casos, salvo en el de la señora Gladys Gómez García (T-1813495) se cumplió la regla número 4 en tanto todas las accionantes promovieron el reclamo de protección constitucional dentro del año siguiente al nacimiento de sus respectivos bebés.

La trabajadora Gladys Gómez García (T-1813495) promovió la acción de tutela sólo hasta noviembre de 2007 cuando la protección especial de que era titular su bebé conforme al artículo 50 Superior sólo lo amparaba hasta por un año para efectos de la licencia de maternidad, esto es, agosto de 2007, por lo mismo se confirmará el fallo proferido por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá que denegó el amparo solicitado, pero por lo expuesto en esta providencia.

En los casos restantes, no sólo ninguna de las entidades promotoras de salud logró desvirtuar la presunción de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de los hijos menores de un año de las accionantes, la mayoría cabezas de familia, sino que de las manifestaciones que se hicieran por las trabajadoras ante los jueces de instancia, se evidencia que se encuentran en una grave situación económica que pone en riesgo la digna subsistencia de la madre y de su bebé. Así, quedan también cumplidas las reglas números 3 y 6.

En los expedientes de las señoras Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616), Adriana Ortiz López (T-1811518) y Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680), las entidades accionadas alegaron que las afiliadas no habían realizado los pagos de forma oportuna.

En efecto Coomeva EPS afirmó que la trabajadora Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616) a la fecha del parto tenía 3 pagos oportunos en los 6 meses anteriores.¹⁸ Así mismo en el caso de la señora Adriana Ortiz López (T-1811518) dicha EPS informó que los pagos de los meses

de enero, febrero y marzo no se habían realizado de forma oportuna.¹⁹ En el caso de la afiliada Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) Saludcoop EPS reconoció que la trabajadora había hecho el pago de sus aportes desde agosto hasta noviembre de 2005, en enero de 2006 y desde mayo hasta septiembre de 2007, pero precisó que todos fueron extemporáneos.²⁰

De lo anterior la Sala constata que en los expedientes reseñados a pesar de que los pagos por concepto de cotización fueron extemporáneos las entidades promotoras de salud los recibieron sin ningún tipo de inconformidad y tampoco realizaron gestión alguna para iniciar los trámites del cobro coactivo para lograr el pago de los periodos insolutos, por lo que resulta aplicable la regla número 9 sobre allanamiento a la mora, quedando en este sentido superada esta objeción para hacer procedente la protección constitucional.

Sin embargo, detectado como está que la señora Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) a pesar de estar afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud por un tiempo superior al del período de gestación, sólo cotizó los últimos cinco meses. A continuación se determinará si la orden de protección debe disponer el pago total o proporcional de la licencia de maternidad.

Conforme a la regla número 10 en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad, mientras que en los casos en que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, el pago se hará en proporción al tiempo cotizado.

Así encontramos que en el caso de las señoras Claudia Cristina Lugo Cano (T-1804039) y Adriana Ortiz López (T-1811518) la diferencia entre el período de gestación y el de cotización es de un mes; en el de la trabajadora Omaria Toscano Morantes (T-1807922) es de una semana; en el de la afiliada Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616) es de un mes; para las señoras Jenny Astrid Barahona Torres (T-1808516) y Luz Mireya Vera Valderrama (T-1808914) es de dos meses y tres semanas; en el de María Teresa Tordecilla Hernández (T-1813806) es de un mes y dos semanas; y, en el de Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) es de cinco meses.

Aplicada la regla reseñada, se tiene entonces, que en el presente asunto habrá que ordenar

que a las señoras Claudia Cristina Lugo Cano (T-1804039), Adriana Ortiz López (T-1811518), Omaira Toscano Morantes (T-1807922) Jenny Astrid Barahona Torres (T-1808516), Luz Mireya Vera Valderrama (T-1808914), Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616) y María Teresa Tordecilla Hernández (T-1813806) se les cancele el 100% de su licencia de maternidad, mientras que a la afiliada Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) tendrá que pagársele en forma proporcional al tiempo cotizado y, por lo mismo, se revocarán los fallos dictados dentro los expedientes reseñados.

Una situación especial se presenta con la señora Mayerlyn Estela Guzmán (T-1812962) quien sólo cotizó 4 meses y 4 días de los 9 ordinarios de gestación, lo cual prima facie permite inferir que no se cotizó ni siquiera por la mitad del tiempo de la licencia de maternidad no encontrándose en el expediente una justificación para esa omisión.

En este tipo de casos, la regla número 10 referente al pago proporcional de la prestación económica no es aplicable por cuanto la diferencia entre el período de cotización y el de gestación es desproporcionada. Al respecto en la Sentencia T-1038 de 200621 precisó que:

“(…) el requisito consistente en el tiempo total de cotización, en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer gestante, no puede valorarse de conformidad con el texto de la norma. Debe por el contrario, ponderarse el tiempo cotizado con el tiempo faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido. Por su puesto, esto excluye aquellas situaciones en las cuales el tiempo cotizado y el tiempo restante no guarden la relación expuesta.”(Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo expuesto, se confirmará el fallo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla dictado dentro del expediente T-1812962 que no otorgó la protección constitucional solicitada por la señora Mayerlyn Estela Guzmán Mesa.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pereira,

dentro de la acción de tutela promovida por la señora Claudia Cristina Lugo Cano (T-1804039) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Omara Toscano Morantes (T-1807922) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Quinto.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Jenny Astrid Barahona Torres (T-1808516) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Séptimo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Luz Mireya Vera Valderrama (T-1808914) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

Octavo.- ORDENAR al representante legal de COOMEVA EPS, que en el término de las

cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Luz Mireya Vera Valderrama, si todavía no lo ha hecho.

Noveno.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Nerly Magreg Cortés Murcia (T-1809616) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Décimo primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Adriana Ortiz López (T-1811518) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

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

Décimo tercero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Mayerlyn Estela Guzmán Mesa (T-1812962), pero por la razón expuesta en esta providencia.

Décimo cuarto.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Gladys Gómez García (T-1813495), pero por la razón expuesta en esta providencia.

Décimo quinto.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pasto, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Elizabeth Cuaspa Hoyos (T-1813680) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo

recién nacido al mínimo vital.

Décimo sexto.- ORDENAR al representante legal de SALUDCOOP EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora Elizabeth Cuaspa Hoyos, de forma proporcional a las cotizaciones que realizó al sistema durante su período de gestación, si todavía no lo ha hecho.

Décimo séptimo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, dentro de la acción de tutela promovida por la señora María Teresa Tordecilla Hernández (T-1813806) y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hijo recién nacido al mínimo vital.

Décimo octavo.- ORDENAR al representante legal de SALUDCOOP EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora María Teresa Tordecilla Hernández, si todavía no lo ha hecho.

Décimo noveno.- INAPLICAR con base en el artículo 4 de la Carta Política y para el caso concreto de las señoras Claudia Cristina Lugo Cano, Omaría Toscano Morantes, Jenny Astrid Barahona Torres, Luz Mireya Vera Valderrama, Nerly Magreg Cortés Murcia, Adriana Ortiz López, Elizabeth Cuaspa Hoyos y María Teresa Tordecilla Hernández y de sus hijos menores de edad, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 3 numeral 2º del Decreto 047 de 2000.

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

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Esta normativa establece “Artículo 63. Licencias de Maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.” (Resaltado fuera de texto)

2 Establece el numeral 2 del artículo 3 de dicho acto administrativo: “Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.”(Resaltado fuera de texto)

3 En el expediente T-1813806 la EPS SALUDCOOP a pesar de haber sido notificada de la iniciación del trámite constitucional, guardó silencio

4 En el caso del expediente T-1809616 el funcionario judicial negó el amparo solicitado por considerar que en ese caso no se cumplió con el presupuesto de procedencia para la interposición de la acción consistente en que la tutela debía promoverse durante el término de la licencia de maternidad (12 semanas).

5 A diferencia de los demás casos en el expediente T-1809616 el Juzgado 29 Civil Municipal

de Bogotá D.C negó el amparo solicitado por considerar que la tutelante no cumplió con el presupuesto de procedencia para la interposición de la acción consistente en que debía promoverse durante el término de la licencia de maternidad (12 semanas).

6 Artículo 93 de la Carta Política.

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

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

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

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

11 *Ibíd.*

12 Desde la Sentencia T-603 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se ha reconocido que “la labor de reiteración, es fundamental para garantizar el derecho a la igualdad de personas que acuden a la acción de tutela, con la esperanza de obtener el mismo tratamiento que los

jueces de constitucionalidad han brindado en casos semejantes, y que la jurisprudencia de la Corte se ha encargado de unificar”.

13 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

15 M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

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

17 Ibídem.

18 A folio 22 del expediente el empleador certifica el pago de los aportes desde agosto de 2006 a septiembre 2007.

19 A folios 32 a 37 obran los comprobantes de pago de los aportes de noviembre de 2005 a agosto de 2006.

20 Folio 15 del expediente.

21 M.P. Humberto Sierra Porto.