

Sentencia T-790/05

LICENCIA DE MATERNIDAD-Plazo hasta de un año para reclamar por tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas para reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción de no exigir el pago completo e interrumpido de semanas cotizadas.

Referencia: expediente T-1111105

Peticionario: Mónica Arévalo Barrantes

Procedencia: Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, ha proferido la presente

SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Bogotá, el 5 de abril de 2005, en el proceso de tutela adelantado por Mónica Arévalo Barrantes, en representación de su hija Angie Valeria Huertas, en contra de la EPS Famisanar.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala Numero Cinco, de 27 de mayo de 2005.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Señora Mónica Arévalo Barrantes, actuando en nombre de su hija menor Angie Valeria Huertas, instauró acción de tutela contra la EPS Famisanar, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y lo derechos de los niños.

1. Manifiesta que trabajó en el cargo de docente del Colegio Ciudad Montes, desde febrero de 1996 hasta noviembre de 2003, cotizando durante esos 8 años a Famisanar EPS

2. Quedó embarazada en diciembre de 2003 y finalmente dio a luz a su hija Angie Valeria Huertas en el mes de agosto de 2004. Manifiesta ser madre soltera.

3. En febrero de 2004, entró a trabajar como docente en el Colegio Melanie Klein en donde según la tutelante, la empleadora pagó cumplidamente los aportes a salud a la EPS.

4. A mediados de septiembre de 2004 pasó cuenta de cobro para el pago de la licencia de maternidad a Famisanar.

5. Señala que en vista que Famisanar EPS no autorizó el pago porque no se habían cancelado ininterrumpidamente los aportes durante los tiempos de vacancia escolar, presentó derecho de petición a la EPS con el fin que le fuera reconocido el pago de la licencia de maternidad.

6. El 8 de noviembre, la EPS negó el reconocimiento de la licencia de maternidad, en virtud de lo señalado por el artículo 3 numeral 2, del Decreto 047 del 19 de enero de 2000, argumentando que debió haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el período de gestación.

8. Pone de presente que se le han reducido los ingresos en forma considerable, pues su situación económica se ha visto afectada por el no pago de la licencia de maternidad, debido a la cantidad de sus gastos que se incrementan al pasar de los días.

9. Manifiesta estar pagando su casa -vivienda de interés social- pero que, en virtud del no pago de la licencia, se atrasó desde septiembre y ahora está en cobro jurídico con el banco que amenaza quitarle su casa.

10. En la actualidad su menor hija sólo cuenta con lo que su madre le puede brindar y la ausencia de la licencia les ha afectado el mínimo vital tanto a ella como a su hija. Por tanto, solicita el pago de ésta.

2. Intervención de la entidad accionada

A pesar de existir notificación del Juzgado Cincuenta Civil Municipal a la entidad accionada, no figura contestación alguna en el expediente.

II. EL FALLO QUE SE REVISA

El Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Bogotá profirió fallo el 5 de abril de 2005, en el que manifiesta que dos razones confluyen para desestimar las protección pedida:

1. El Juzgado observa que mediante la comunicación del 8 de noviembre de 2004, la EPS FAMISANAR dio respuesta de fondo y completa a la señora Arévalo Barrantes en relación con las causas para negar el pago por ella requerido.

Estima clara la respuesta de la Entidad al indicar que debe darse el pago de los aportes de manera ininterrumpida porque a pesar de lo establecido en la teleología de la ley 100, se trata de una situación contractual que comporta la observación de las obligaciones de parte de sus integrantes.

1. El Juzgado anota que la responsabilidad en el pago de la licencia de maternidad corresponde, según lo explicado por el EPS, al Colegio empleador por ser esa Entidad la que incumplió con la continuidad de los aportes al sistema de seguridad social y considera que no es viable mediante esa sentencia vincular al Colegio para que realice el pago, toda vez que no fue debidamente vinculado al proceso y esto causaría una violación al debido proceso.

Con fundamento en lo anterior, el Juzgado decide negar la tutela solicitada por la actora en representación de su menor hija.

III. PRUEBAS

Obran las siguientes:

- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante Mónica Arévalo Barrantes.
- b. Fotocopia del formato de negación de incapacidades expedida por la EPS Famisanar.
- c. Fotocopia de derecho de petición radicado en la EPS Famisanar el 21 de octubre de 2004.
- d. Fotocopia del certificado de incapacidad No. 0557450 expedido por la EPS Famisanar por licencia de maternidad.
- e. Fotocopia de comunicación remitida a la señora Mónica Arévalo Barrantes No. 025574 por la EPS Famisanar el día 08 de noviembre de 2004, en la que se da explicación respecto de la negativa de la EPS al reconocimiento del pago de la Licencia de Maternidad.
- f. Fotocopia de carta No. 1413 suscrita por la directora Jurídica de Famisanar remitida a la Superintendencia Nacional de Salud en la que se anuncia que se ha dado respuesta a una petición de la señora Mónica Arévalo.
- g. Fotocopia de carta de un ejecutivo externo prejurídico del Banco Colpatria, en el que se le anuncia a la señora Mónica Arévalo Barrantes y/o A Yulieth Arévalo Barrantes que la obligación No. 302100056387 continúa en mora por 5 cuotas dentro del la obligación hipotecaria en el pago de su vivienda.
- h. Fotocopia de "CERTIFICADO DE NACIDO VIVO" No. A5982514 expedido por el Ministerio de Salud en el que se certifica el nacimiento de una niña el 27 de agosto de 2004.
- i. Facsímile remitido a la Corte Constitucional el 22 de junio de 2005, que contiene certificación del Colegio Melanie Klein en donde se certifica la fecha desde la cual trabaja la

accionante, el tipo de contrato (término fijo) y el salario que actualmente devenga (\$597.300).

j. Facsímile remitido a la Corte Constitucional el 22 de junio de 2005, del Formulario de autoliquidación de aportes No. 4612211 correspondiente a un ciclo pago 2004-02 efectuado por la señora Luz Amparo Velandia Durán a favor de Mónica Arévalo Barrantes y otros.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

2. Problema Jurídico

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

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

La jurisprudencia de la Corte, a partir de la Sentencia T-999/03, M.P. Jaime Araujo Rentería¹, puso de presente que el término para interponer la acción de Tutela, tendiente a garantizar la protección del menor, no puede limitarse a la duración de la licencia de maternidad, puesto que constitucionalmente existe una especial protección al menor durante su primer año de vida, y por lo tanto, éste es el término para que se pueda interponer la acción de tutela a favor del menor, aclarando que este término corre a partir del momento del nacimiento².

Así, en caso de que la tutela haya sido interpuesta dentro del primer año de vida del menor, el juez deberá estudiarla de fondo para analizar si se debe o no conceder la tutela.

4. Reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad

En sentencia T-460/03, M.P. Jaime Córdoba Triviño, esta Corporación delineó las reglas para

que fuera procedente la acción de tutela orientada al pago de la licencia de maternidad, a partir de múltiples sentencias de tutela que habían estudiado el tema. A continuación, por considerarse de fundamental importancia para el caso en examen, se transcribirá el aparte de la citada providencia, aclarando que con posterioridad ésta ha sido retomada en varias oportunidades³.

“

a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de proteger por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido -tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela⁴.

a. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela⁵.(Subrayado fuera del texto original).

a. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica⁶.

a. Para que la afección del mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica se

plantee ante los jueces de tutela antes del vencimiento del término de la licencia. Si el amparo se solicita una vez vencido el término de la licencia, hay lugar a presumir que la madre no requirió del pago de esa prestación para atender sus necesidades básicas y las del menor; es decir, en tales hipótesis, hay lugar a presumir que no hubo vulneración del mínimo vital y por lo mismo la tutela no procede⁸.

a. Si transcurre el término de la licencia de maternidad sin que se haya hecho efectivo su pago, se está ante un perjuicio causado y por ello no es viable la protección constitucional de los derechos⁹.”(subrayas ajenas al texto)

Los apartes subrayados de la cita jurisprudencial anterior serán fundamentales para el análisis del caso en concreto, como se expondrá al final de estas consideraciones.

Acto seguido, esta Sala se detendrá a examinar el tratamiento de la licencia de maternidad en lo concerniente a la protección del mínimo vital, por cuanto resulta determinante al momento de hacer el análisis del caso concreto.

5. El tratamiento que ha dado la Corte a la licencia de maternidad cuando se trata de proteger el mínimo vital

En repetidas oportunidades, la Corte se ha pronunciado respecto de la especial protección que nuestro ordenamiento Constitucional y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia¹⁰ establecen respecto de las mujeres en estado de embarazo y en especial con relación a aquellas madres que son cabeza de familia.

La maternidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, goza de especial asistencia y atención del Estado; esto quiere decir que las mujeres que se encontraren en tal estado, tienen el derecho de exigir acciones positivas de la sociedad para su protección.

El cuidado de la maternidad, no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso mas extenso que es igualmente objeto de reconocimiento.

En cuanto al concepto de licencia de maternidad, 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 vida”¹¹.

Ahora bien, el medio para hacer la reclamación de la mencionada licencia, es de manera ordinaria, la jurisdicción laboral; sin embargo, tal y como lo trata la jurisprudencia de esta Corte: “...en tratándose de circunstancias específicas, es posible que haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela, cuando su desconocimiento amenaza derechos fundamentales de la madre o del recién nacido” ¹³.

“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”¹⁴.

Respecto al mínimo vital, la Corte Constitucional en sentencia T-664/02 definió lo definió como:

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

...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”¹⁵.

Es claro el tratamiento especial que ha dado al Corte cuando de por medio existe una amenaza al mínimo vital de la mujer en estado de embarazo y después del parto. Adicionalmente, si se siguen los parámetros del artículo 43 de la Constitución, es necesario

analizar el apoyo que el Estado debe brindar de manera especial a las mujeres cabeza de familia, análisis que nos servirá cuando adelante se estudie el caso específico.

6. El tratamiento especial de las mujeres cabeza de familia

Tanto la Constitución¹⁶ como la ley¹⁷ establecen una especial protección a las mujeres que son cabeza del núcleo familiar, porque en ellas reposa la responsabilidad del hogar, es decir, son ellas las que deben velar por el desarrollo integral de quienes lo conforman.

Se trata, como ya lo ha expuesto la jurisprudencia¹⁸, de una protección constitucional reforzada, por cuanto, parte de un especial apoyo que el Estado brinda y les presta a las mujeres cabeza de familia y tiene como objeto, la protección del núcleo familiar inmediato que corresponde directamente al de los hijos menores.

Del mismo modo, la Corte ha señalado en repetidas oportunidades¹⁹ que esa protección especial se fundamenta en las condiciones de marginamiento a las cuales, durante años, se han visto sometidas las mujeres y de igual modo al gran número de madres cabeza de familia que por diversos motivos, deben asumir esa responsabilidad en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza.

En el presente caso la Corte no puede ser ajena al imperativo Constitucional y por lo tanto, como se analizará posteriormente, protegerá de manera especial este derecho que le asiste a la madre cabeza de familia.

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

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el pago de la licencia de maternidad, la Empresa Promotora de Salud (E.P.S) manifiesta que, para que ellos efectúen el pago, dependen del cumplimiento en el pago de los aportes que el empleador haya efectuado, por lo que si el empleador no ha cancelado las cotizaciones correspondientes, éste deberá asumir personalmente el pago de la licencia y deja exenta a la E.P.S. de dicha obligación.

Sin embargo, existen eventos en los que el empleador ha efectuado aportes extemporáneos al Sistema, es decir, por fuera de las fechas límite que establecen las normas que regulan la materia, no obstante lo cual, las Entidades Promotoras de Salud aceptan estos pagos, lo que implica que se acepta la mora porque no se alegó al momento de efectuar el aporte. Lo

anterior tiene como consecuencia que la Entidad Prestadora de Salud no puede, en el futuro, argumentar que se hicieron pagos extemporáneos para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos ha operado el fenómeno del “allanamiento a la mora”, que ha dado origen a varios pronunciamientos de la Corte²⁰.

Por ejemplo, en la sentencia T- 1224/01, la Corte sostuvo:

“Deberá reiterarse, que las entidades promotoras de salud no pueden negar las prestaciones causadas debidamente a favor de los trabajadores beneficiarios, cuando se han allanado a la presunta mora del empleador, toda vez, que una actitud omisiva en el requerimiento al causante de la misma, no puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.²¹

Cabe puntualizar que esta consideración no solamente es aplicable en el caso de que sea el empleador quien realice las cotizaciones de forma tardía, sino también cuando estamos frente a un trabajador independiente, ya que se parte del mismo supuesto, concretamente, con esto se busca la protección efectiva de los derechos de la madre y del recién nacido durante sus primeras semanas de vida en desarrollo del mandato constitucional.

Es importante señalar que, en el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, ya que, en el caso de éstas últimas, ante el no pago de la licencia por parte de la E.P.S. correspondiente, las madres tienen la posibilidad de cobrar el auxilio de maternidad a su empleador, cuando la negativa en el pago por parte de la entidad promotora de salud se debe a un incumplimiento en las obligaciones que tiene éste para con el sistema. En cambio, cuando estamos ante un caso de una trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido.

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

Para la Corte es claro que aunque existen normas específicas que regulan la materia 22, en las cuales se determinan los períodos mínimos de cotización, se fijan los recursos con cargo a los cuales debe ser pagada la licencia, se establece para ello los requisitos que deben cumplir y se sanciona a los empleadores con el pago de ésta cuando cotizan por períodos inferiores al de gestación o lo hacen de manera inoportuna y tal falta de oportunidad es alegada a tiempo por la E.P.S., existen eventos en que se ha sostenido²³ que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”²⁴.

En ese orden de ideas, la Corporación ha sostenido²⁵ que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel “no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño”²⁶. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención.

Dando aplicación a estos presupuestos, la jurisprudencia ha ordenado, excepcionalmente, el pago de la prestación económica derivada de la maternidad cuando no se han efectuado de manera continua los aportes a la E.P.S. Así por ejemplo, en sentencia T-931/03, M.P Clara Inés Vargas, la Corte dispuso:

Adicionalmente, en sentencia T-389/04, se manifestó lo siguiente:

“La actora labora como empleada del servicio doméstico de la señora Raquel Antonia Orozco Yance, quien, según la entidad demandada, efectuó de manera extemporánea algunos aportes durante su período de gestación y, además, dejó de cotizar desde el 12 de diciembre de 2002, es decir, cuando aún transcurría el lapso correspondiente a la licencia de maternidad de la demandante (del 24 de noviembre de 2002 al 15 de febrero de 2003).

No obstante, el I.S.S. Seccional Cesar se allanó a la mora, pues no ejerció las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (cotizaciones, aportes o intereses

moratorios por pagos extemporáneos), razón por la cual no puede alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante.”

Igualmente, en sentencia T-1010/04, se manifestó lo siguiente:

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

Con el fin de dar mayor claridad al tratamiento que ha sido aplicado a las mujeres en estado de embarazo y en el período posterior al parto a su hijo recién nacido, se entrará a sistematizar el tratamiento que ha dado esta Corte en aplicación de la Carta Política a ellas.

9. El deber de protección del Estado, frente a las mujeres en estado de embarazo y frente a los recién nacidos. Conclusión.

El Estado tiene la obligación de prestar especial asistencia y protección a las mujeres durante el embarazo y después del parto tal y como lo manifiesta el artículo 43 de la Constitución Política, y si se trata de mujeres cabeza de familia la protección será aun mas especial.

Ahora bien, como se ha enunciado arriba, en principio, el pago de la licencia por maternidad sólo procede cuando una mujer ha cumplido con los parámetros establecidos en la ley, pero cuando el derecho al pago de la licencia de maternidad se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido, éste adquiere el carácter de derecho fundamental por conexidad, y, por tanto, es susceptible de protección por vía de tutela.

En caso que la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependan 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 tutela²⁷. Esto ocurriría en aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, por lo que la acción de tutela procedería para proteger el mínimo vital²⁸ aunque no haya existido continuidad de cotizaciones por cortos períodos.

El responsable por el pago de la licencia de maternidad es la Empresa Promotora de Salud (E.P.S), con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral. Sin embargo, si el empleador no realizó el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud o si éstos fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica²⁹.

Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la E.P.S correspondiente, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.³⁰

Sin embargo, para que sea procedente el amparo constitucional, es preciso que el incumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Visto lo anterior, a las personas que se adapten a esos parámetros, les corresponde un derecho fundamental protegible a través de la tutela.

Así las cosas, los requisitos que el legislador haya determinado para este tipo de eventos en donde se plantean este tipo de situaciones excepcionales, “no puede tener mas fuerza que el principio de inmunidad de los derechos fundamentales, cuya realización es condición de estabilidad de un régimen político libre y democrático”. ³¹

10. El caso concreto

La Sala Sexta de revisión concederá la tutela solicitada por la accionante, por los motivos que a continuación se exponen.

Con posterioridad, el 17 de enero de 2005, en otra comunicación a la accionante (folio 7), la EPS reitera la responsabilidad del pago de la licencia por el empleador en ausencia del pago

de los aportes, tomando como fundamento el Decreto 806 de 1998 y resaltando que, por tratarse de una educadora, corresponde al empleador la cotización del año completo.

Concluye la EPS que son sus dos empleadores los que debieron haber cotizado en forma completa y continua por los doce meses del año, por lo tanto, al haberse incumplido con el pago oportuno de dichos aportes se generó una mora en el Sistema, perdiendo el derecho al pago de la licencia de maternidad, como quiera que se debió haber cotizado en forma oportuna, continua e ininterrumpida para adquirirlo.

- De otra parte, la Señora Mónica Arévalo Barrantes, manifiesta ser madre cabeza de familia (folio 3), con una situación económica precaria, por no tener otro ingreso que el salario que recibe como educadora (folio 11) y titular de un crédito hipotecario en mora (folio 8 y 11).

Como se desprende del certificado de nacimiento (folio 9) y el Acta individual de reparto (folio 19), la menor Angie Valeria Huertas nació el 27 de agosto de 2004; la madre interpuso la acción de tutela el día 14 de marzo de 2005, es decir, transcurridos casi siete meses a partir del nacimiento de su hija, lo que determina que la tutela es procedente, en principio, por estar dentro del límite temporal de un año tal y como se estudió en el numeral tercero del capítulo VI de la parte considerativa de esta providencia.

- Ahora bien, del análisis de lo anterior se puede concluir que Famisanar EPS se niega a reconocer la licencia de maternidad, por cuanto, al verificar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, observa que existe un déficit de semanas mínimas de cotización ininterrumpidas en los meses de enero y febrero de 2004, razón por la cual el llamado al pago de la licencia de maternidad es el empleador .

Sin embargo, del análisis probatorio del expediente se desprende que la accionante trabajó hasta el mes de noviembre de 2003 con el Colegio Ciudad Montes, empleador que cotizó a la EPS hasta el mes de diciembre de 2003.

En el mes de enero de 2004 la accionante no tuvo empleo y sólo hasta el 1 de febrero del mismo año (folio 30), se vincula al Colegio Malanie Klein, segundo empleador, que el día 5 de marzo de 2005 realizó el pago de los aportes a la EPS por el período correspondiente al mes de febrero de 2004, por medio de planilla No. 4612211, con el nombre o razón social Luz Amparo Velandia Durán, directora del plantel educativo (facsímile obrante a folio 31).

Esto demuestra, en contradicción a lo manifestado por la EPS accionada en las comunicaciones a la accionante, que se trata de un solo período de cotización no pagado (enero de 2004) y no dos (enero y febrero de 2004).

Así las cosas, observa esta Sala que a diferencia de lo que determina el juez de tutela, no podría endilgarse la responsabilidad al empleador por el pago de la licencia de maternidad, porque de las pruebas se deduce que se hicieron los aportes que les correspondían, independientemente de la fecha en que se hubieren efectuado, toda vez que, a pesar de lo tardío, el aporte del mes de febrero fue aceptado por la EPS.

Sobre la continuidad de los aportes que se deben hacer al sistema, es natural que se dé aplicación, en principio, como lo pretende hacer ver el juez de tutela, a las normas que regulan la continuidad en los aportes, con el fin poder reclamar la licencia a la Entidad Promotora de Salud a la que se esté afiliado. Sin embargo, resulta igualmente claro, como se expuso en la parte considerativa, que la Corte Constitucional, actuando como garante del respeto de la Carta Fundamental y de la garantía de los Derechos fundamentales, brinda protección especial a las mujeres en estado de embarazo y en el período después del parto cuando se encuentre en entredicho la satisfacción del mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido y, con mayor razón, si se trata, como en el caso que ocupa a la Sala, de una madre cabeza de familia que no tiene otro medio de subsistencia que su ingreso ordinario.

En lo que tiene que ver con las cotizaciones, aparece pagado y recibido por una entidad financiera (el 5 de marzo de 2004), el aporte al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud que hiciera el Colegio Melanie Klein a favor de la accionante por el periodo de cotización febrero de 2004. Si de las fechas de este pago se deduce que existió mora en el pago de dicha cotización, la EPS estaría allanándose a la mora pues recibió los mencionados aportes. Por lo anterior, debe reconocerse el pago efectuado.

Queda entonces por resolver, si la falta de continuidad en los aportes durante el período de gestación -en este caso la falta de pago de enero de 2004-, es una razón suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Para dar solución al cuestionamiento anterior debemos remitirnos a lo ya enunciado en el numeral 7 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, en la que se planteó que, de manera excepcional, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad cuando dichos

aportes no tienen solución de continuidad.

Así las cosas, la cotización impagada (Enero de 2004) por la señora Mónica Arévalo Barrantes, cuando no se encontraba vinculada a ningún empleador, a la luz de la normatividad legal, produciría la pérdida inmediata del derecho, pero como se ha dicho en el numeral 8 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, por encima de esa normatividad, de manera excepcional, prevalece la obligación constitucional que tiene el Estado de garantizar la satisfacción del mínimo vital a personas que gozan de protección especial. En esta oportunidad, se reiterará este tipo de protección excepcional a favor de la señora Mónica Arévalo Barrantes y su menor hija.

Excepcionalmente, y de conformidad con las circunstancias que enmarcan este caso, en el que confluyen los hechos de ser madre de un recién nacido y ser madre cabeza de familia, se concederá el amparo solicitado.

Es de anotar que si bien hasta el momento se ha concedido la tutela a madres que habían dejado de cotizar por 15, 11 y 18 días, la protección vía tutela en el presente caso en el cual se dejó de cotizar por un mes se justifica porque, a diferencia, de los casos antes fallados donde no estaba probado que la actora además de ser madre fuera cabeza de familia, está plenamente probado que concurren las dos protecciones constitucionales reforzadas.

En conclusión, dándole prelación al derecho sustancial, y en orden a garantizar los derechos de la madre accionante y de su hija al mínimo vital, se concederá esta tutela.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO : REVOCAR la Sentencia del Juzgado Cincuenta Civil Municipal de Bogotá, del 5 de abril de 2005, y, en su lugar, CONCEDER la tutela al mínimo vital a la señora Mónica Arévalo Barrantes y a su hija Angie Valeria Huertas.

SEGUNDO : ORDENAR a Famisanar EPS que, de no haberlo hecho, en el término de cuarenta

y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente Sentencia, pague de manera completa el monto correspondiente a la licencia de maternidad de Mónica Arévalo Barrantes.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Esta providencia ha sido reiterada, entre otras, por la Sentencia T-236/04, M.P. Jaime Araujo Rentería (en esta ocasión, la tutela se negó al comprobar que la acción había sido interpuesta un año y cinco meses después del nacimiento); igualmente, en la Sentencia T-304/04, del mismo Ponente en la cual se concedió la tutela a pesar de haber solicitado la protección después de transcurrida la licencia de maternidad.

2 Sentencia 1010/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Como ejemplos de aplicación posterior de la providencia enunciada, se pueden examinar

las siguientes sentencias: T-986/03, T-1014/03, T-1068/03, T-1073/03, T196/04, T-284/04, T-390/04, T-605/04, T-640/04, T-641/04, T-390/04, T-665/04, T-390/04, T854/05, T-922/04, T-929/04, T-1009/04, T-1108/04, T-019/05, T-140/05, T-147/05, T-221/05, T-279/05, T-350/05, T-355/05, T-574/05, T-394/05, T-415/05, T-444/05, T-549/05, T-559/05, T- 574/05, T615/05.

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

5 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: T-568-96, T-270-97, T-567-97, T-662-97, T-104-99, T-139-99, T-210-99, T-365-99, T-458-99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02.

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

7 Sobre este punto específico, la sentencia T-460/03 examinó la siguiente jurisprudencia: T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513-01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02 y T-996-02.

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

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

10 A manera de ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

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

12 Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, Ed. Legis y Universidad

Nacional de Colombia, 2005, Página 40.

13 Sentencia T-559 de 2005. Al respecto en esta Sentencia se citan, entre otros, varios antecedentes jurisprudenciales en ese sentido, 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.

14 Sentencia T-390 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

16 El artículo 44 de la Constitución establece: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

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

17 El legislador también se ha ocupado desarrollar el concepto en la ley 82 de 1993, en la cual se determina que es “”Mujer Cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

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

18 Sentencia T-399/05. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-414/93, C- 410/94 , C-034/99, C-371/00, C-184/03, C-722 de 2004.

20 Sobre el particular existen múltiples pronunciamientos, pero en especial hay que tener en cuenta la sentencia T-059/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero que ha servido como base.

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

22 La ley 100 de 1993 artículo 207, el Decreto 806 de 1998 artículo 63 y el Decreto Reglamentario 47 de 2000.

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

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

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

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

27 Ver Sentencia T-221 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que extrae los estos argumentos de las 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.

28 Sentencia T-270 de 1997, T-567 de 1997.

29 Sentencias T-258/00 y T-390/01

30 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.

31 Confrontar con la obra El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales, pág. 174, Legis, 2005.