

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional/LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas para que proceda el pago por tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago aunque cotización se interrumpió 12 días por causas ajenas a la peticionaria

Es posible verificar que la peticionaria ha efectuado el pago de sus cotizaciones desde el 2004 con excepción de 12 días de julio de 2005 como consecuencia de una situación no imputable a aquélla. Lo anterior, por cuanto la liquidación de aportes ante el Sistema a partir de la novedad en su afiliación fue realizada por la EPS sólo desde el 17 de julio, según fue manifestado en la demanda de acción de tutela, lo cual no fue desvirtuado por Famisanar EPS. Así mismo, con fundamento en las consideraciones precedentes de este fallo, la licencia de maternidad es un instrumento que permite garantizar la protección a la maternidad y a la niñez recién nacida. Por ello, la licencia de maternidad en este caso no es solamente una prestación económica que adquirirá la accionante sino el instrumento para satisfacer sus necesidades de sostenimiento y las de su hija durante el período inicial de vida de la bebé en el cual requiere atención y cuidados.

Acción de tutela instaurada por Mónica Maritza Cabra Moncaleano contra Famisanar EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo único de instancia dictado por el Juzgado Veintisiete (27) Penal Municipal el veintiséis (26) de abril de 2006.

I. ANTECEDENTES

La señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano presentó acción de tutela el 25 de noviembre de 2005 contra la EPS Famisanar con el objeto de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo a la maternidad y la protección constitucional de los derechos de la niñez.

Hechos y Pretensiones

1.- Afirma la peticionaria que es afiliada a la EPS Famisanar desde abril de 2004 y ha realizado cotizaciones periódicas ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS-.

2.- Indica que en febrero de 2006 dio a luz a su hija y con fundamento en la incapacidad médica prescrita por médico especialista, solicitó a la EPS demandada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual considera tener derecho.

3.- Señala que la EPS Famisanar negó el reconocimiento de dicha licencia, toda vez que en el registro de la Entidad aparece un período de 12 días no cotizados durante el período de gestación previo al nacimiento de su hija.

4.- Manifiesta que la ausencia de pago de dicha prestación legal, vulnera sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida.

5.- En virtud de lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales y que se

ordene a la EPS Famisanar pagar la licencia de maternidad que le corresponde.

Intervención de EPS Famisanar Ltda

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

7.- Informa que la demandante se encuentra afiliada al -SGSSS- con Famisanar desde el 30 de abril de 2004, con un promedio general de 85 semanas de cotización y recibe los servicios de salud que ofrece el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

En virtud de lo anterior, manifiesta que no existe vulneración de los derechos a la salud, la vida y la seguridad social pues, tanto la peticionaria como su hija “cuentan con toda la atención médica que brinda el Plan Obligatorio de Salud a través de la EPS Famisanar de tal forma que en el momento en que lo requieran pueden hacer uso de todos los servicios de salud, siempre y cuando el servicio se encuentre incluido en el plan de beneficios autorizado para el Plan Obligatorio de Salud (...)” (fl. 12).

8.- Por otra parte, señala que la afiliada Mónica Cabra no cumplió los requisitos legales establecidos en los Decretos 1804 de 19991 y 047 de 20002 para el derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, específicamente el deber de cotizar de forma ininterrumpida, completa y oportuna durante todo el período de gestación y por consiguiente, no generó el derecho a la licencia de maternidad.

En este contexto, advirtió que la accionante presentó mora en el pago de las cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social Integral pues las mismas fueron consignadas

tardíamente, es decir fuera del término de los cinco primeros días de cada mes. Adicionalmente, manifestó que en el período de gestación de la peticionaria existió un lapso donde se presentó ausencia del aporte, especialmente, señaló que “para el mes de julio de 2005 como se ve en el reporte del sistema, tan sólo aportó 18 días, adicionalmente realizó la mayoría de pagos de forma extemporánea”³.

9.- Agrega que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo creado para proteger derechos constitucionales fundamentales y por este motivo, es inadmisibles amparar o salvaguardar intereses de naturaleza económica como los reclamados por la demandante, pues su pretensión es obtener el reconocimiento de una suma de dinero causada con ocasión del parto.

10. Finalmente, solicita que si las pretensiones de la acción son resueltas de manera favorable, se ordene al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- o al Ministerio de la Protección Social reconocer a Famisanar EPS el valor de los gastos efectuados en cumplimiento del fallo.

Pruebas que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la EPS Famisanar de la accionante Mónica Maritza Cabra Moncaleano desde abril 30 de 2004 (fl. 3).
- Copia de registro civil de nacimiento de la niña Sara Sofía Beltrán Cabra, hija de la demandante el 25 de febrero de 2006 (fl. 4).

- Copia del formato de negación de incapacidades expedido por la EPS demandada, sobre la licencia de maternidad solicitada por la peticionaria (fl. 5).
- Copia de certificado de incapacidad de la afiliada Mónica Maritza Cabra por 84 días a partir del 26 de febrero de 2006 (fl. 6).
- Copia de informe de EPS Famisanar sobre pagos de cotizaciones efectuadas por la accionante correspondientes al período de junio de 2005 a febrero de 2006 (fl. 7).
- Copia del formato de novedades -POS- de la EPS Famisanar de julio 14 de 2005, en el que se reporta cambio de trabajador dependiente a trabajador independiente (fl. 8).

Sentencia objeto de revisión

Fallo único de instancia

11.- El Juzgado Veintisiete (27) Penal Municipal de Bogotá, que conoció de la acción de tutela en el caso de la referencia, negó la protección constitucional de los derechos de la accionante, con fundamento en el análisis de las normas que regulan el acceso a la prestación legal de licencia de maternidad solicitada.

12.- En su fallo, el Juez se refirió tanto a los motivos alegados por la EPS demandada ante la afiliada Mónica Maritza Cabra para denegar la licencia de maternidad -referidos al número de semanas cotizadas-, como a los argumentos para sustentar dicha negativa expuestos por la

Entidad demandada en la contestación de la acción de tutela instaurada por la peticionaria – sobre la mora en el pago de cotizaciones efectuadas-.

Así, explicó que en relación con la mora en el pago de las cotizaciones ante el Sistema –SGSSS- por la demandante, operó el fenómeno de allanamiento a la mora, toda vez que la EPS solamente “ante el reclamo de la licencia alegó el pago extemporáneo de los respectivos aportes”. Por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Entidad “no puede negarse a pagar la licencia de maternidad con el argumento de la tardía cotización durante el tiempo de la gestación”⁴.

Sin embargo, con fundamento en el análisis acerca de las cotizaciones efectuadas por la peticionaria, el Juzgado de Conocimiento estimó que la demandante no cumplió el requisito legal de cotizar durante todo el período de gestación, tal como lo explicó Famisanar EPS, toda vez que en julio de 2005 no se presentaron las cotizaciones de manera completa.

13.- Por consiguiente, consideró el fallador que no obstante evidenciarse el allanamiento a la mora de la EPS frente al pago de los aportes de la afiliada, en el expediente se encuentra demostrado el incumplimiento de uno de los requisitos consagrados en la reglamentación vigente para reconocer la licencia de maternidad, particularmente la necesidad de cotizar interrumpidamente durante el período de gestación- y en consecuencia, no es obligación de la EPS acceder a la prestación reclamada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Revisión por la Corte Constitucional

15.- Remitido el expediente a esta Corporación, mediante oficio de siete (7) de junio de 2006, la Sala de Selección Número Siete dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Presentación del caso y problema jurídico a resolver

2.- La señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano instauró acción de tutela contra la EPS Famisanar a la cual se encuentra afiliada desde abril de 2004, por considerar que dicha Entidad violó sus derechos a la protección de la maternidad y a la seguridad social y el derecho al mínimo vital de su hija recién nacida, por negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que le corresponde.

3.- La Corte Constitucional debe determinar en esta oportunidad si una EPS vulnera los derechos fundamentales de sus afiliadas y de sus hijos menores por no reconocer la prestación legal de licencia de maternidad de las mismas, con fundamento en la ausencia de cotización ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- durante una parte

del período de gestación.

4.- Con el fin de resolver el problema planteado, la Corte (i) estudiará el alcance de la protección constitucional a la maternidad, (ii) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad y (iii) resolverá el caso concreto.

Alcance de la protección constitucional a la maternidad

5.- La Constitución Política de Colombia reconoce en su artículo 43 el derecho de la mujer a recibir especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. En la legislación ordinaria, esta cláusula ha sido desarrollada en las disposiciones que regulan el Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993, en las normas integrantes del Código Sustantivo del Trabajo y en la Ley 82 de 1993, que establece medidas para la protección de la mujer cabeza de familia.

6.- En efecto, de un lado, en virtud del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud -POS- “permitirá la protección integral de las familias a la maternidad” y según el texto del artículo 207 de la misma Ley, el régimen contributivo reconocerá y pagará para los afiliados la licencia por maternidad⁸. De otro lado, de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la madre trabajadora tiene derecho a “doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso”.

Así pues, con fundamento en la normatividad mencionada, existen al menos dos maneras de realizar la cláusula constitucional de protección a la maternidad prevista en la Constitución. En primer lugar, mediante la prestación de servicios de salud a la mujer en estado de

embarazo y a la que ha dado a luz y, en segundo lugar, por razón del reconocimiento de prestaciones económicas a favor de la madre trabajadora.

7.- De la misma manera, con fundamento en las garantías constitucionales previstas para la maternidad es posible proteger tanto a la madre como a la criatura que está por nacer. En efecto, dada la inescindible relación entre la mujer y su hija o hijo durante el período de gestación y en el momento del alumbramiento, la atención en salud que reciba la madre afectará necesariamente al bebé. Igualmente, la licencia por maternidad permite garantizar la recuperación de la mujer en el período posparto e igualmente, el sostenimiento de la madre y del bebé así como la atención que éste necesita. En consecuencia, la protección a la maternidad conlleva la garantía de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud.

8.- Así mismo, diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales, según lo establece el inciso segundo del artículo 93 constitucional¹⁰, reconocen la condición especial de la maternidad y confieren un ámbito de protección a las mujeres en estado de gravidez y a la población recién nacida.

9.- En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ ratificado por Colombia prevé el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto e igualmente, el reconocimiento de la licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social¹². En consonancia con esta directriz, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha solicitado regularmente a los Estados Partes información sobre la existencia de grupos concretos de mujeres que no disfruten de esa protección.

La protección a la maternidad, además, es una cláusula fijada en el Protocolo Facultativo

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”¹³ y a la luz del mismo, la licencia retribuida por maternidad antes y después del parto es una de las prestaciones incluidas en el derecho a la seguridad social¹⁴.

Así pues, la disposición contenida en el Protocolo de San Salvador, permite complementar el artículo 43 constitucional y la normatividad vigente de manera tal que la licencia por maternidad podría ser reconocida tanto antes como después del parto. Así pues, con el fin de ampliar la protección legal a la maternidad existente, el legislador podría extender la actual licencia por maternidad a la etapa de gestación.

10.- Adicionalmente, de conformidad con la normatividad internacional, la atención a la salud de la mujer en estado de gravidez permite brindar protección a los derechos de la niñez. En efecto, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁵, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres.

11.- Por otra parte, la maternidad ha sido objeto de análisis en diversos pronunciamientos de esta Corte, en donde ha sido señalado que la protección especial se presenta a partir del reconocimiento de las condiciones de discriminación y marginamiento a las que se ha visto sometida la mujer gestante y cabeza de familia y adicionalmente al incremento del número de mujeres que deben asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, las responsabilidades del hogar, como las propias de la actividad de la que se deriva el sustento familiar¹⁶.

12.- De la misma manera, en la jurisprudencia constitucional ha sido reiterada la protección a la maternidad por cuanto su garantía permite impedir que dicha situación se convierta en un factor de discriminación femenina y que se salvaguarden los derechos de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, a su dignidad humana y la protección de la familia como

núcleo fundamental de la sociedad (Art. 42 C.P.)¹⁷

13.- En consecuencia, la protección a la maternidad es un postulado constitucional que ha sido desarrollado en el ámbito legislativo mediante el reconocimiento de prestaciones específicas a la madre gestante que tendrán repercusiones sobre la criatura que está por nacer. La asistencia involucra atención en salud durante el período de gestación y el otorgamiento de auxilios económicos –licencia por maternidad- con posterioridad al parto dirigidas a garantizar la recuperación de la mujer e igualmente su sostenimiento y el de su hijo recién nacido.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Del mismo modo, el respeto de la situación de maternidad dispuesto en la Constitución Política se encuentra complementado por tratados internacionales suscritos por Colombia, los cuales refuerzan las prerrogativas previstas en la legislación colombiana a favor de la mujer en situación de gravidez.

Finalmente, importa destacar que las medidas propuestas para garantizar la maternidad han sido objeto de protección en el ámbito de la acción de tutela, en donde ha sido reconocido que su garantía es complementaria del ejercicio de otros derechos de la mujer dentro de los cuales se encuentra el libre desarrollo de la personalidad y la protección de los derechos de la infancia.

Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad

14.- Una de las manifestaciones de la protección a la maternidad consiste en el reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, en el entendido que ésta constituye

una prestación económica y se encuentra en conexidad con los derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de la madre y del menor, especialmente cuando la misma representa el único sustento de aquéllos durante el período posparto.

La idoneidad de la licencia por maternidad para amparar el derecho al mínimo vital¹⁸ tanto de la mujer como de la criatura que acaba de nacer ha sido establecida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia. En este sentido, en sentencia T- 664 de 2002 esta Corporación señaló “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”.

De igual manera, en fallo T-1019 de 2005 esta Corte sostuvo que no obstante el carácter prestacional de la licencia de maternidad, ésta puede ser reclamada mediante acción de tutela cuando el valor que se percibe por este concepto representa el único ingreso para el sostenimiento tanto de la madre como de su hija o hijo¹⁹.

Así las cosas, la licencia de maternidad en el ámbito colombiano es una prestación económica de orden legal que permite garantizar los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana de las mujeres y de la población recién nacida.

15.- De conformidad con la legislación vigente, la licencia de maternidad es otorgada a la mujer trabajadora previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que aquélla haya cotizado durante todo el período de su gestación²⁰ (ii) que haya cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) que haya cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho²¹; (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento²².

16.- Así pues, ante una solicitud de reconocimiento de una licencia de maternidad, las Entidades Prestadoras de Salud del Régimen Contributivo deben verificar que la trabajadora afiliada cumpla los requisitos aludidos. No obstante, de manera excepcional y de conformidad con las circunstancias de cada caso, es posible otorgar la licencia por maternidad aún cuando algunas de estas exigencias no han sido satisfechas.

En este contexto, en caso de recibir una solicitud de reconocimiento de licencia por maternidad, la EPS no podrá eximirse del pago de la licencia de maternidad cuando observa mora en el pago de las cotizaciones si ha admitido el pago extemporáneo por el empleador, pues en este caso dicha mora no es imputable a la trabajadora.

De conformidad con esta posición, la Corte Constitucional ha concedido amparo constitucional de los derechos de mujeres trabajadoras a quienes les fue negada la licencia de maternidad porque sus pagos ante el Sistema de Seguridad Social fueron realizados de manera extemporánea. Dentro de las sentencias que han evaluado dicha situación se encuentran los fallos T-947 de 2005, T-350 de 2005, T-504 de 2004, T-707 de 2002, T-950 de 2000.

17.- En relación con el período de cotización necesario para alcanzar el reconocimiento de la licencia por maternidad, la jurisprudencia ha afirmado de manera reiterada que la existencia de lapsos no cotizados no autoriza a la EPS a eludir el pago de la prestación económica referida.

Así, en sentencia T-139 de 1999, reiterada en fallo T- 931 de 2003 afirmó que en algunas oportunidades, el requisito consagrado en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 es una norma que en ciertos casos “hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la

prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido.”

Esta regla fue reiterada en sentencia T-461 de 2006, en la cual la Corte protegió el derecho a la licencia de maternidad de una mujer trabajadora que por haber sido retirada del sistema debido al cambio en la afiliación en calidad de trabajadora dependiente a trabajadora independiente presentó una interrupción de 14 días de cotización durante el período de gestación. Esta Corporación precisó que prevalecía la protección constitucional a la maternidad y a la niñez sobre los requerimientos legales para acceder a la licencia de maternidad. Lo anterior, señaló la Corte, en virtud del artículo 228 constitucional según el cual “en el Estado social de derecho [...] lo trascendente del procedimiento no son las formalidades sino la realización de los derechos sustanciales”.

Posteriormente, en providencia T-640 de 2006, la Corte ordenó cancelar la licencia de maternidad a la cual tenía derecho una afiliada que presentó un período de interrupción en sus cotizaciones como consecuencia de su desvinculación como empleada y su nueva vinculación como trabajadora independiente.

En sus consideraciones, esta Corte señaló “la interrupción en el pago de los aportes al sistema, originada en el tiempo de cesación del contrato laboral no constituyen razones suficientes para exonerar a la E.P.S. Salud Total de pagar el derecho económico concomitante con la licencia de maternidad;”. E igualmente, agregó “durante su embarazo solo se interrumpieron los aportes por el período comprendido entre la terminación del anterior contrato a término fijo y la nueva vinculación laboral para el año 2005, la Corte estima que tal interrupción no puede generar la pérdida del derecho prestacional derivado de la protección constitucional a la maternidad”

Y más recientemente, en sentencia T-728 de 2006, la Corte ordenó a la EPS Famisanar reconocer y pagar la licencia de maternidad a una madre trabajadora que no efectuó cotizaciones durante 30 días del período de gestación, debido a que la peticionaria había cambiado de empleador.

En el análisis del caso concreto, esta Corporación sostuvo que “a pesar de la ausencia de un aporte mensual durante el embarazo, la señora Rodríguez Sosa ha cotizado desde el 2001 a la misma EPS y durante el periodo que falta cotización se presentó la transición entre CICODES CTA y GESTIONANDO CTA. De tal forma que, como lo ha establecido la Corte, en casos como el estudiado, resulta desproporcionado exigirle a la madre que por el cambio de empleador pierda el derecho a la prestación”.

18.- Así pues, en sentencias de tutela la Corte ha aplicado de manera prevalente las normas constitucionales para efectos del reconocimiento de la licencia de maternidad. Es por esto que a la luz de la jurisprudencia, la ausencia de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social durante el período de gestación no constituye una autorización para rehusar el pago de la prestación referida²³.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este contexto, a partir de la jurisprudencia de esta Corte es posible concluir que la licencia de maternidad debe reconocerse de manera completa a la afiliada cuando la ausencia de cotización durante una etapa del período de gestación corresponde a una situación no imputable a aquélla, como en el caso de evidenciarse transición laboral de la misma debido a un cambio de su empleador o en razón de una modificación del vínculo laboral -trabajadora dependiente a independiente o viceversa- que sustenta su afiliación en el Sistema de

Seguridad Social Integral.

Análisis del caso concreto

19.- La señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano instauró acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la maternidad, al mínimo vital, y los derechos de su hija recién nacida. Lo anterior, por cuanto la EPS Famisanar se negó a reconocer a su favor la licencia por maternidad que solicitó con posterioridad al nacimiento de su menor hija, debido a la interrupción de sus cotizaciones en el período de gestación.

Adicionalmente, en el trámite de la acción de amparo, la EPS demandada manifestó ante el juez de conocimiento que la licencia de maternidad no fue concedida a la señora Mónica Maritza Cabra, tanto por el incumplimiento de cotizaciones durante todo el período de gestación como por el pago extemporáneo de sus aportes ante el Sistema de Seguridad Social Integral.

20.- El Juez de conocimiento de la acción se pronunció acerca del requisito de pago oportuno de las cotizaciones de la mujer gestante y así mismo, sobre el deber de cotización ininterrumpida durante el período de gestación.

En relación con la mora en el pago de cotizaciones realizadas por la demandante, esta Sala observa que el Juez de conocimiento reiteró la jurisprudencia constitucional proferida por esta Corporación y se pronunció en el sentido de indicar la existencia de un allanamiento a la mora por parte de la EPS demandada.

En efecto, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte²⁴, “en casos en los cuales el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto, aquella no puede negar el pago de la licencia. En este orden de ideas, una mujer tiene derecho a percibir lo correspondiente a su licencia de maternidad, aunque haya cotizado extemporáneamente al Seguro Social, cuando la mora ha quedado saneada, es decir, cuando la cotización no ha sido devuelta o ha sido recibida sin objeción alguna”.

Así pues, esta Sala comparte el criterio expuesto por el Juez Único de Instancia con respecto a la existencia de la figura del allanamiento a la mora en el caso de los aportes extemporáneos realizados por la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano.

21.- Ahora bien, la Sala debe analizar si a la luz de la legislación vigente y la jurisprudencia constitucional, la petición de la demandante en la acción instaurada puede ser concedida.

De conformidad con el material probatorio allegado durante el trámite de la acción de tutela, la demandante es afiliada cotizante a la EPS demandada desde abril de 2004, según consta en el folio 3 del expediente y dio a luz a su hija el 25 de febrero de 2006. La acción de tutela fue presentada en abril de 2006 por tanto, en este caso observa la Sala que se cumple el requisito jurisprudencial de un año para reclamar ante a jurisdicción el pago de la licencia de maternidad a partir del inicio de la incapacidad médica²⁵.

22.- En el momento del parto, la accionante presentaba un año y 10 meses de afiliación en el régimen contributivo, antigüedad suficiente en el Sistema General de Seguridad Social Integral para ser acreedora a la prestación económica que reclamaba.

No obstante, ante la solicitud de reconocimiento de licencia por maternidad, la EPS Famisanar negó dicha prestación y afirmó “la cotizante no cumple con el tiempo de cotización por treinta días sin interrupción durante el período de gestación para tener derecho a la licencia de maternidad por parte de la EPS” (ver fl. 5).

Así mismo, en virtud de las afirmaciones realizadas tanto por la demandante como por Famisanar EPS, la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano efectuó cotizaciones durante su gestación con excepción de un lapso de 12 días, en los cuales operó su transición en el sistema de seguridad social integral, de ser trabajadora dependiente a trabajadora independiente.

En efecto, la accionante indica en su demanda²⁶:

“ Hasta el mes de junio de 2005 se hicieron las cotizaciones como trabajadora dependiente, en el mes de julio empecé a cotizar como trabajadora independiente

“El cambio se hizo como novedad y no como nueva afiliación en al EPS Famisanar en fecha del 14 de julio de 2005, ellos hicieron la liquidación correspondiente, liquidando el día 17 de julio en adelante, omitiendo los primeros 12 días del mes, sin informarme que esos días aparecerían como no cotizados; y emitieron la orden de pago la cual cancelé tal como ellos la emitieron y seguí cancelando los meses siguientes, sin dejar de pagar ningún mes, hasta la fecha”

Esta información es corroborada por Famisanar EPS que en la contestación a la acción indica que la señora Mónica Maritza Cabra cuenta con 85 semanas de cotización (fl. 12) y durante su gestación realizó aportes de la siguiente manera²⁷:

Período de cotización

Fecha de pago

Días

pagados

junio/05

24 de junio/05

30

julio/05

26 de julio/05

1

julio/05

14 de julio/05

17

Agosto/05

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

30

septiembre/05

9 de septiembre/05

30

octubre/05

11 de octubre/05

30

noviembre/05

18 de noviembre/05

30

diciembre/05

29 de diciembre/05

30

enero/06

31 de enero/06

30

febrero/06

22 de febrero/06

30

De acuerdo con estos datos, la Sala observa que la ausencia de cotización que fundamenta la negación de la licencia de maternidad de la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano corresponde a 12 días de julio del 2005.

23.- Pues bien, es posible verificar que la peticionaria ha efectuado el pago de sus cotizaciones desde el 2004 con excepción de 12 días de julio de 2005 como consecuencia de una situación no imputable a aquélla. Lo anterior, por cuanto la liquidación de aportes ante el Sistema a partir de la novedad en su afiliación fue realizada por la EPS sólo desde el 17 de julio, según fue manifestado en la demanda de acción de tutela -fl. 1-, lo cual no fue desvirtuado por Famisanar EPS.

Así mismo, con fundamento en las consideraciones precedentes de este fallo, la licencia de maternidad es un instrumento que permite garantizar la protección a la maternidad y a la niñez recién nacida. Por ello, la licencia de maternidad en este caso no es solamente una prestación económica que adquirirá la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano sino el instrumento para satisfacer sus necesidades de sostenimiento y las de su hija durante el período inicial de vida de la bebé en el cual requiere atención y cuidados.

En virtud de lo anterior y de la prevalencia de la protección constitucional a la maternidad, la negativa de la EPS de otorgar la licencia de maternidad constituye una carga desproporcionada a la madre trabajadora que ha dado a luz y solamente cuenta para su sustento y el de su bebé con el dinero proveniente de tal prestación.

Por consiguiente, concluye la Sala que la ausencia de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en este caso afecta el mínimo vital de la demandante y el de su hija de 7 meses de nacida, motivo suficiente para conceder el amparo constitucional de sus derechos.

24.- Considerando lo anterior, esta Sala concederá la tutela a la protección de los derechos fundamentales de la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano a la maternidad y al mínimo vital y los de su menor hija de 7 meses y ordenará a la EPS Famisanar que en el término de

cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia pague a favor de la demandante la licencia de maternidad a la cual tiene derecho.

25.- Por otra parte, en relación con la solicitud elevada por Famisanar EPS ante el juez constitucional en su intervención durante el trámite de la acción, advierte esta Sala que en la jurisprudencia constitucional la posibilidad de recobro de las Empresas Prestadoras de Salud -EPS- o Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- se encuentra limitada a ciertas situaciones previamente delimitadas. Así, frente a las EPS, esta Corporación ha dispuesto que la Empresa Promotora de Salud puede reclamar contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por el pago de los sobrecostos en que incurra por el cumplimiento de la orden que se le imparte en el fallo de tutela, en casos, donde el juez constitucional ordena a la Entidad brindar prestaciones en materia de salud que no figuran en los listados del Plan Obligatorio de Salud -POS-28, cuando la EPS debe atender a una persona a pesar de que ésta ya no cotice ante el régimen contributivo²⁹.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Adicionalmente, la Sala estima que la licencia de maternidad es una prestación del régimen contributivo que tiene origen en recursos privados que han sido cubiertos con antelación bien sea por el empleador de una afiliada o por aquella, en virtud de su condición de trabajadora independiente y por este motivo, no es posible disponer un recobro posterior ante el Fosyga.

Así pues, esta Sala estima que la licencia de maternidad debe ser cancelada por la EPS Famisanar y por ende, no es posible ordenar que el Ministerio de la Protección Social -Fosyga- cubra el costo de los gastos efectuados en cumplimiento del fallo, como fue solicitado por la Entidad demandada. Lo anterior, por cuanto los aportes en materia de seguridad social de la peticionaria que sustentan el reconocimiento de la prestación referida fueron realizados ante la EPS Famisanar tanto por el empleador de la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano como por ésta en su calidad de trabajadora independiente y por este motivo, es dicha Entidad la llamada a sufragar la obligación prestacional de licencia de

maternidad de la peticionaria.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Penal Municipal de Bogotá, por la cual negó la tutela promovida por Mónica Maritza Cabra y en su lugar CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la maternidad y los derechos de la niñez.

SEGUNDO.- ORDENAR a Famisanar EPS que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo realice el pago de la licencia de maternidad de la señora Mónica Maritza Cabra Moncaleano.

TERCERO.- LÍBRENSSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2 “por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”.

3 Ver folio 13 del expediente

4 Cfr. fl. 35 del expediente

5 Folio 35 del expediente

6 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

7 “por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”

8 La garantía de protección a la maternidad prevista en el Plan Obligatorio de Salud –POS- del Régimen Contributivo también se encuentra dispuesta para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado –POSS-. En efecto, el Acuerdo Número 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, artículo 1° prevé atención del parto, atención integral de ginecoobstetricia.

9 “por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

10 El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(...)”.

11 Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

12 Artículo 10 del Pacto.

13 Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.

14 Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

15 Consultar artículo 24 de la Convención. Asamblea General. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

16 Cfr. Sentencia T- 461 de 2006

17 Ver sentencia T- 674 de 2006

18 El mínimo vital fue definido en sentencia T-611 de 2006 como el “conjunto de elementos que garantizan la subsistencia de las personas y generalmente se refieren a los bienes de carácter material y espiritual que permiten un desarrollo integral”. En dicho fallo, la Corte indicó que el derecho al mínimo vital “se encuentra relacionado con los bienes y servicios de primera necesidad que se requieren para satisfacer el derecho a la subsistencia, es decir para contar con las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”.

19 Esta posición fue reiterada en sentencia T-584 de 2004.

20 Ver Decreto 047 de 2000 que en su artículo 3º preceptúa “—Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

“(…)

“2. 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”.

22 Consultar art. 63 del Decreto 806 de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud, y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general”

23 Sobre la imposibilidad de negar el pago de la licencia de maternidad por interrumpir el pago de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social pueden consultarse las sentencias T-689 de 2006, T-674 de 2006, T-609 de 2006, T-598 de 2006, T-520 de 2006, T-383 de 2006, T-790 de 2005, T-549 de 2005, T-878 de 2004.

24 Ver sentencia T-947 de 2005. En este fallo, son reiteradas las decisiones T-597 de 2005, T-444 de 2005, T-273 de 2005, T-166 de 2005, T-421 de 2004, T-504 de 2004, T-605 de 2004, T-636 de 2004, T-788 de 2004, T-211 de 2002, T-707 de 2002, T-473 de 2001, T-513 de 2001, T-765 de 2000, T-906 de 2000, T-950 de 2000 y T-1472 de 2000.

25 Sobre el término de un año para reclamar la licencia de maternidad mediante la acción de tutela puede consultarse la sentencia T- 999 de 2003 reiterada en sentencia T-549 de 2005 en donde esta Corte precisó “siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”.

26 Ver folio 1 del expediente.

27 Cfr. folio 13 del expediente de acción de tutela.

28 Sobre la autorización para recobrar ante el Fosyga ver sentencia SU-480 de 1997, donde la Sala Plena de la Corte Constitucional afirmó que entre la EPS y el Estado existe una relación contractual en la que aquella sólo tiene obligación de lo especificado, de lo que el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el costo del medicamento sea sufragado, mediante repetición, por el Estado, y el dinero el dinero debe salir del Fondo de Solidaridad y Garantía, creado e inspirado en el principio constitucional de la Solidaridad, de la subcuenta que fuera del caso.

29 Cfr. sentencias SU-819 de 1999 y C-800 de 2003.