

LICENCIA DE MATERNIDAD-Lineamientos que han determinado concederla por tutela

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza

Referencia: expediente T-1158450

Peticionario: Dilia Celina Contreras Cantillo

Procedencia: Juzgado Único Civil Municipal de Fundación Magdalena.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., seis (6) de octubre 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 Único Civil Municipal de Fundación, Magdalena, el 22 de junio de 2005, en el proceso de tutela adelantado por Dilia Celina Contreras Cantillo, en contra de la EPS SOLSALUD.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección Número Ocho, de 12 de agosto de 2005.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Señora Dilia Celina Contreras Cantillo, actuando por intermedio de apoderado, instauró acción de tutela contra la EPS SOLSALUD, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y lo derechos de los niños.

1. La tutelante manifiesta estar haciendo aportes a la seguridad social desde hace varios años a la Entidad Promotora de Salud SOLSALUD EPS, a través de su empleador Depósitos Rojas S. en C.

2. El 28 de Noviembre de 2004 dio a luz a su hija.

3. El 14 de febrero de 2005, radicó un derecho de petición en la EPS SOLSALUD con el fin que le fuera pagada la licencia de maternidad.

4. El 15 de febrero de 2005, la Gerente Departamental de Magdalena y el Gerente Médico Regional de la EPS SOLSALUD, dan respuesta al derecho de petición en la que manifiestan que piden disculpas por los inconvenientes que se hubiesen presentado y que efectuarán el pago de la licencia de maternidad la semana del 15 de marzo (folio 4 del expediente).

5. Manifiesta la actora que se violan sus derechos, en la medida en que no se ha efectuado el pago de la licencia de maternidad que se dijo se pagaría en la semana del 15 de marzo de 2005, ya que han transcurrido más de tres meses al momento de interpuesta la acción de tutela y la Entidad ha hecho caso omiso a varios requerimientos que se han realizado.

6. Solicita la Tutelante que se ordene el pago de la licencia de maternidad que por ley le pertenece.

7. El 29 de junio de 2005, con posterioridad al fallo de tutela, se radicó en el juzgado de conocimiento, escrito de la señora Sofía de Rojas (empleadora de la accionante), con el que se remiten copias de los pagos efectuados a SOLSALUD, correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre, enero y febrero de 2005.

2. Contestación de la entidad accionada

El 21 de junio de 2005, la entidad SOLSALUD EPS, dio respuesta a la acción de tutela en la que manifestó lo siguiente:

1. Que la tutelante se encuentra afiliada a esa EPS en calidad de cotizante desde el 13 de agosto de 2003.

2. En SOLSALUD EPS fue radicada solicitud de licencia de maternidad No. 170832 a favor de Dilia Celina Contreras para que se hiciera el reconocimiento y pago de la misma.

3. El 1º de abril de 2005 le fue enviada “carta de NO AUTORIZACIÓN a su empleador HUSID DE ROJAS SOFIA, mediante oficio CINP001000015538, informando el NO reconocimiento del derecho al pago de Licencia por encontrarse incumpliendo con la normatividad vigente del decreto 806 del 30 de abril de 1998, capítulo XI, artículo 80 ...”

La EPS manifiesta que la licencia inició el 29 de noviembre de 2004 y terminó el 20 de febrero de 2005 y que en dicho lapso, los aportes del mes de noviembre de 2004 y del mes de diciembre de 2004, aún no se han cancelado, encontrándose el empleador en mora desde el inicio de la licencia lo que ha generado igualmente mora en los meses de enero y febrero de 2005.

Por lo anterior, la EPS considera que de conformidad con la normatividad vigente, a quien corresponde el pago de la licencia de maternidad es al empleador, pues es su responsabilidad el hacer los aportes de sus trabajadores de manera oportuna.

4. Los recursos que se recaudan a través de la EPS son recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto, si no se efectúan los aportes a éste, la ley faculta para que la afiliación sea suspendida de conformidad con lo que establece el artículo 209 de la ley 100 de 1993.

5. La empleadora obró de manera negligente al no efectuar los aportes al sistema y, por lo tanto, debe asumir el pago de la licencia de maternidad de su trabajadora.

6. Es el empleador el que debe dar respuesta al estado de mora que presenta la afiliación de la actora.

8. La EPS solicita que se exija a la empleadora “el pago de los períodos que se registran en mora, y como consecuencia de su inoportunidad en los pagos asuma igualmente el pago de la licencia de maternidad”.

9. Para la EPS, en el momento que exista un retardo en el pago de los aportes por un período que no supere los 6 meses, pierde la antigüedad pero no queda retirado del servicio. Igualmente, la mora patronal tiene como consecuencia la suspensión de la afiliación y de los

derechos hasta tanto no se cancele los períodos no compensados.

10. Se hace mención a la obligatoriedad y relevancia que tiene el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales en este asunto, puesto que según éste, subraya, resultaría “irrazonable conceder prestaciones médicas por medio del amparo constitucional en casos donde:

- a. Las entidades del sistema no tienen obligación de suministrar la prestación.
- b. La inexistencia de obligación de la entidad está justificada constitucionalmente.
- c. El afiliado puede asumir el respectivo costo”.

11. Sustenta su argumentación haciendo mención a la Sentencia T-120 de 2000 de la Corte Constitucional, respecto del pago de aportes en salud, subrayando que, según esta providencia “(...) las empresas prestadoras de servicios de salud necesitan, para poder operar, que quienes están obligados a aportar dentro del régimen contributivo, lo hagan en efecto y oportunamente. Y en tanto ese elemento no exista o desaparezca por incumplimiento, no puede trasladarse a la EPS la responsabilidad correspondiente al patrono incumplido, ni pretender enderezar contra ella una acción de tutela por una culpa que no es suya.”

12. En consecuencia, consideran que SOLSALUD no violó los derechos fundamentales de la accionante sino que ha cumplido la ley.

II. EL FALLO QUE SE REVISA

El Juzgado Único Civil Municipal de Fundación, Magdalena, profirió fallo el 22 de junio de 2005, en el que considera que la acción de tutela no es procedente para el pago de la licencia de maternidad de la accionante, pues cuenta con otro medio de defensa judicial para solicitarlo, de conformidad con los siguientes argumentos:

“la licencia de maternidad es una prestación económica, cuyo cumplimiento puede lograrse ejerciendo las acciones pertinentes ante la jurisdicción laboral”, por lo tanto, no es procedente la acción de tutela. Sin embargo, manifiesta que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Constitucional hay circunstancias o condiciones para la viabilidad

de la tutela,” una de ellas es el no pago por parte de la empresa prestadora del servicio de salud que se origina en el incumplimiento por parte del empleador en la cancelación de los aportes o que éstos hayan sido rechazados por extemporáneos y otra es cuando se configura el allanamiento a la mora, es decir, el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y aun así fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social”

Para el juez de tutela, la acción ha sido presentada en tiempo, es decir, dentro de los parámetros establecidos en la sentencia T-999 de 2003, pero no obran en el expediente pruebas que el empleador haya cancelado los aportes siquiera de manera extemporánea o que la empresa prestadora del servicio se allanara a la mora, puesto que de este modo la tutela sí se podría tener como mecanismo subsidiario de protección aún cuando exista la vía ordinaria.

III. PRUEBAS

Obran las siguientes:

- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante Dilia Celina Contreras.
- b. Carta de la EPS SOLSALUD del 15 de febrero de 2005 dirigida a la señora Dilia Celina Contreras en donde se da respuesta a un derecho de petición y se anuncia el pago de la licencia de maternidad así:

“1) Su licencia de Maternidad, finaliza el 20 de febrero del 2005 y será cancelada en la semana del 15 de marzo.”
- a. Fotocopia de certificado de nacido vivo del DANE en donde consta la fecha y hora del nacimiento de la hija de Dilia Celina Contreras del 29 de noviembre de 2004.
- b. Fotocopia de la consulta de datos del afiliado en la EPS SOLSALUD.
- c. Facsímile del 31 de marzo de 2005 donde se anuncia a la señora Sofía Husid de Rojas que no se pagará la licencia de maternidad puesto que no se han efectuado los pagos en las fechas que determina la ley.

d. Copias de formularios del autoliquidación de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud números 948647, 1065395, 948648, 1178353, 1333085 y 1333084, en donde constan los pagos de los ciclos correspondientes a septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2004 y enero y febrero de 2005 en favor de la accionante.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

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 una Entidad Promotora de Salud a efectuar pago de la licencia de maternidad, por el hecho de la tardanza en la cancelación de los aportes en salud durante el período de la licencia de maternidad, constituye una vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y la niña recién nacida.

3. Lineamientos que han determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el fin de conceder la Licencia de Maternidad por vía de la acción de tutela

En fallos recientes se han recogido los requisitos que han permitido determinar cuándo una acción de tutela es procedente con el fin de buscar el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad. Por ejemplo la Sentencia T-790/05, la Corte estableció lo siguiente:

“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 tutela¹. 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 vital² 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 económica³.

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.⁴

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”.

La anterior jurisprudencia deja claro que existe un deber especial de protección a la maternidad y del menor recién nacido por expreso mandato de la Carta Política. Dentro de ese marco, se ha dispuesto que el pago de la licencia de maternidad a través del mecanismo de la acción de tutela es procedente sólo cuando tienen relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido. Ahora bien, en principio, el pago corresponde a la Entidad Promotora de Salud, sin embargo, si el empleador efectuó pagos por fuera de la fecha límite y la EPS los recibió sin consideración alguna, no podrá esa Entidad negarse al pago de la licencia de maternidad. Se advierte igualmente que la acción de tutela no se puede interponer en cualquier tiempo sino que debe ser ejercida dentro del año siguiente al nacimiento.

Ahora bien, además de los requisitos que se recogieron en esta jurisprudencia, es necesario hacer énfasis en otro de los aspectos que han dado lugar a repetidos pronunciamientos de la Corte cuando se han tratado asuntos similares, referente al deber jurídico que tienen las Entidades Promotoras de Salud de efectuar los recaudos de las cotizaciones y de administrar eficientemente los recursos.

4. El deber de recaudo que se encuentra en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud

Es deber de las Entidades Promotoras de Salud, efectuar el cobro de los aportes que se encuentren en mora y de los respectivos intereses que de ellos deriven, a través de la interposición de acciones tanto persuasivas como ejecutivas. El empleador, en estos casos, deberá responder no sólo por los aportes e intereses de mora sino también por los costos que para el cobro tenga que sufragar la Entidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, desde el momento de su institucionalización por medio de la ley 100 de 1993, fueron dotadas de los instrumentos necesarios para efectuar el cobro de los aportes que estuviesen en mora por parte de los afiliados. Basta con estudiar el artículo 245 de esa ley y los decretos reglamentarios⁶.

Igualmente, la jurisprudencia de esta Corte ha manifestado, en Sentencia T-177/98 que “las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia,

especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental”.

5. Suspensión de la afiliación por el no pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social integral.

La Entidad Promotora de Salud, en su contestación a la tutela el 14 de junio de 2005, manifiesta que los aportes del mes de noviembre y del mes de diciembre de 2004 aún no se han pagado y que por lo tanto el empleador se encuentra en mora desde el inicio de la licencia de maternidad (29 de noviembre de 2004), por lo anterior, consideran que el pago de la licencia corresponde directamente al empleador y hasta tanto no se hagan los pagos de las cotizaciones, lo procedente es la suspensión de la afiliación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la ley 100 de 1993.

Respecto de la artículo 209 de la ley 100 de 1993, esta Corte se pronunció mediante sentencia C-177/98 en la que se declaró la constitucionalidad condicionada del mismo, dentro los parámetros que la misma providencia fijó en su parte considerativa (numerales 25, 29, 30, 31, 33 y 34) y que en todo caso deberán ser atendidos por quienes pretendan dar aplicación a este precepto.

En esa oportunidad la Corte manifestó:

“En la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. La Corte considera que la suspensión de la

afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. Es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.”

Pero la Corte agregó en esa oportunidad que lo que sí resulta proporcionado, tratándose de trabajadores que tiene una relación de subordinación, es la interrupción de los servicios de la EPS “ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.”

Cabe concluir, entonces, que de conformidad con las interpretaciones con autoridad que ha hecho esta Corte del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, las EPS, deben mantener la afiliación de los empleados dependientes aún en los casos en que los aportes no se hayan efectuado aunque la prestación de los servicios de salud sea suspendida y en esos eventos,

ésta recaerá, en principio, a cargo del empleador. Estas consideraciones las ha hecho la Corte, teniendo en cuenta que el afiliado que está bajo relación de subordinación, no puede controlar a su empleador para que efectúe los aportes en las fechas en que determina la ley, control con el que sí cuentan los trabajadores independientes porque depende de ellos y de nadie más que se hagan los pagos en las fechas indicadas por las normas correspondientes.

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

En este acápite la Sala entrará a examinar si los aportes que no se han hecho en las fechas que determina la ley dan lugar al desconocimiento del pago de la licencia de maternidad

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 reconozcan y paguen la licencia de maternidad, dependen del cumplimiento en el pago de los aportes que el empleador haya efectuado, por lo tanto la responsabilidad le corresponde al patrono incumplido.

Sin embargo, aunque no se desconoce que lo dicho por la EPS resulta cierto, esa argumentación resulta inocua, si lo que existe son pagos extemporáneos es decir, pagos que se han hecho por fuera de las fechas establecidas en las normas reglamentarias de la ley 100 y éstos han sido aceptados por la EPS. Lo anterior implica que existe un “allanamiento a la mora”, porque ésta no se alegó al momento de efectuar el aporte.

Mal puede entonces la EPS, escudándose en los pagos extemporáneos aceptados, alegar que como los pagos no se hicieron en tiempo, aunque hayan sido recibidos, no se reconocerá ni pagará la prestación. Abundante jurisprudencia de esta Corte⁷ se ha encargado de estudiar y desarrollar el tema y en el caso en concreto como se verá mas adelante se reiterará su aplicación.

Basta con revisar, por ejemplo, la Sentencia T- 1224/01, en donde 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”.⁸

Así las cosas, es necesario puntualizar que a diferencia de lo que ocurre con la desafiliación al Sistema, asunto estudiado en el numeral anterior, el fenómeno del “allanamiento a la mora” opera indistintamente de si se trata de empleadores que hacen los aportes por sus trabajadores o si se trata de trabajadores independientes que hacen los aportes por sí mismos. A este respecto la explicación dada por la jurisprudencia ha sido en el caso de las madres que trabajan bajo relación de subordinación, como es el caso que nos ocupa, si no reconociera el allanamiento a la mora, podría resultar más gravoso que el de aquellas que son laboralmente independientes puesto que estas últimas no tendrían a quien acudir para que se hiciera responsable del pago de la licencia de maternidad, quedando desprotegida ella y el menor.

7 . La licencia de maternidad y la protección del mínimo vital

En repetidas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado, respecto de la especial protección que tanto los tratados internacionales de derecho humanos ratificados por Colombia⁹ como nuestro ordenamiento constitucional han dispuesto respecto de las mujeres en estado de embarazo y en el período posterior al parto. Una especial protección tendiente a garantizar tanto el bienestar de los recién nacidos como el bienestar de la madre.

La protección de 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.

En la Sentencia T-559/05 se desarrolló el concepto de la licencia maternidad así:

“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”¹⁰.

Esta definición, no hace otra cosa que reiterar la especial importancia de la licencia de maternidad, y en todo caso, el juez de tutela al estudiar una acción en donde se pretenda este amparo, deberá asumir con gran cuidado su estudio puesto que se trata de dar reconocimiento a un derecho social implícito que deriva de uno explícito¹¹, es decir, que deriva directamente de la protección Constitucional expresa que otorga la Carta Magna a las mujeres que se encontraren en embarazo.

Una vez establecida esta especial protección se entrará a examinar si en todos los eventos en que se pretenda el pago de la licencia de maternidad es procedente la acción de tutela. Para dar solución a la cuestión anterior basta con remitirnos a pronunciamientos anteriores que ha hecho la Corte al respecto, por ejemplo, en jurisprudencia de tutela T-559 de 2005: “...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” ¹².

“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”¹³.

Respecto al mínimo vital, la Corte Constitucional en sentencia T-664/02 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”¹⁴.

Queda claro, después de estas citas, que la acción de tutela es procedente cuando de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la mujer en estado de embarazo y en el

periodo posterior al parto se trate.

8. El reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las EPS cuando el empleador ha hecho aportes por fuera de las fechas límite para efectuarlos. Conclusión

La especial protección de las mujeres en estado de embarazo y después del parto, consagrada en el artículo 43 de la Constitución, determina la actuación oportuna del Estado.

En el caso del pago de la licencia de maternidad se da como resultado del cumplimiento de unos requisitos legales contemplados en la normatividad correspondiente. Cualquier solicitud por vía judicial que se haga de esta prestación, en principio, corresponde a la jurisdicción ordinaria quien decidirá sobre su procedencia. Sin embargo, en situaciones específicas en donde se pone en peligro el mínimo vital de la madre y del recién nacido, la acción de tutela será procedente, siempre y cuando se interponga dentro del año siguiente al momento del parto.

El responsable del pago de la licencia de maternidad es, en principio, la EPS quien no sólo reconoce el pago de la prestación, sino que, adicionalmente, debe actuar con la mayor diligencia al momento de adelantar el cobro de los aportes que los empleadores deben hacer al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

El retraso en el pago de los aportes por parte de los empleadores sin que las EPS hayan alegado la mora al momento que se efectúa éste da origen al “allanamiento a la mora”, lo que implica que la EPS deberá hacer el reconocimiento y pago de la licencia .

9. El caso concreto

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

- De una parte, en comunicación del 15 de febrero de 2005 que da respuesta a derecho de petición interpuesto por la accionante, la EPS SOLSALUD manifestó que su licencia de maternidad finalizaba el 20 de febrero de 2005 y sería pagada el 15 de marzo.

- En comunicación del 31 de marzo de 2005 dirigida a la empleadora de la accionante, que

obra como prueba en el expediente (Folio 24 y 35), la EPS SOLSALUD, entidad accionada, manifiesta que con fundamento en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998, la licencia no fue autorizada en razón a la mora en el pago de los aportes a la fecha en la que se generó la incapacidad.

- En la contestación de la Tutela la EPS manifiesta que existen una serie de pagos posteriores a la licencia de maternidad realizados por SOFIA HUSID DE ROJAS y que la licencia de maternidad tuvo como fecha de inicio el 29 de noviembre de 2004 y como fecha de finalización febrero de 2005.

- Para la EPS hasta la fecha de la contestación de la tutela (16 de junio de 2005) los aportes del mes de noviembre de 2004 y diciembre de 2004 no se habían realizado, lo que significa que el empleador está en mora desde el inicio de la licencia (folio 31).

Para la EPS resulta claro que el pago de la licencia corresponde directamente a la empleadora (folio 31) y es consciente que existen problemas cuando generalmente por culpa patronal, hay retardo por un período que no sobrepasa los seis meses.

- De otra parte, la señora Dilia Celina Contreras Cantillo, tal y como figura en el expediente (folios 40, 41, 42, 43, 44 y 45), devengaba un salario mínimo para la época del nacimiento de su hija (28 de noviembre de 2004, folio 7).

- La tutela es interpuesta el 8 de junio de 2005, es decir, transcurridos un poco mas de seis 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 SOLSALUD 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 ausencia de pagos de las cotizaciones correspondientes al mes de noviembre y diciembre de 2004, razón por la cual el llamado al pago de la licencia de maternidad es el empleador .

Observa esta Sala que en el momento del fallo, el juez de tutela se limitó a negar la tutela por considerar que la accionante cuenta con la vía ordinaria, sin entrar a analizar las

verdaderas condiciones de vida de la accionante con el fin de determinar si se le estaba afectando, o no, el mínimo vital.

Ahora bien, con mayores elementos de juicio la Sala de revisión entrará a analizar, uno a uno, los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para que en el caso de las licencias de maternidad, la acción de tutela resulte procedente.

1. En primer lugar, hay que analizar si la interposición de la acción de tutela se hizo dentro del lapso de un año a partir del nacimiento, de conformidad con lo establecido en la Sentencia T-999 de 2003. Para ello, basta con mirar el registro de nacimiento de la menor (folio 7 del expediente) de donde se extrae que la menor nació el 28 de noviembre de 2004 y el acta de radicación de la acción (folio 15 de expediente) según la cual la acción fue interpuesta el 8 de junio de 2005. En conclusión, la acción de tutela fue interpuesta dentro del año siguiente a la época del parto y por lo tanto resulta procedente.

2. Acto seguido, se analizará si la licencia de maternidad se encuentra en una relación inescindible con los derechos fundamentales. Para determinar esto, debemos detenernos a analizar si se ha afectado el mínimo vital tanto de la madre como de la recién nacida, para ello, basta con analizar los ingresos con que cuenta la accionante. Sus ingresos se deducen de los salarios base de cotización que se encuentran registrados en los formularios de autoliquidación (folios 40-45) en donde se demuestra que la accionante devengó un salario mínimo desde septiembre de 2004 hasta febrero de 2005, fecha en que se registra la novedad de retiro mediante formulario No. 1333084.

La afectación al mínimo vital tanto de la madre como de la recién nacida es evidente puesto que el simple hecho de devengar el salario mínimo, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la hace presumir. La anterior deducción lleva a que el tema deje de plantearse de una manera exclusivamente legal, que le hubiese correspondido a los jueces ordinarios, para pasar a ser un tema constitucionalmente relevante que amerita una protección inmediata.

Ahora bien, la protección por vía de tutela operará de manera inmediata, a favor de la accionante y en contra de las EPS si los requisitos establecidos en la ley en cuanto a los aportes se han cumplido, caso en el cual, el responsable del pago de la licencia de maternidad ya no será el empleador.

3. Antes de entrar a establecer si se efectuaron los aportes de manera completa y durante el tiempo de la licencia esta Sala observa, que el acervo probatorio sobre el que se fundamentó el fallo de tutela no es el mismo que el que obra actualmente en el expediente, puesto que, con posterioridad al fallo, se aportaron documentos consistentes en copias de recibos de pago de autoliquidaciones al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud (folios 40-45)

La continuidad de los aportes que constan en esas pruebas se analizarán de conformidad con el siguiente cuadro:

FECHA DE COTIZACIÓN

CICLO AL QUE CORRESPONDE

Octubre 19 de 2004

Septiembre de 2004

Noviembre 12 de 2004

Octubre de 2004

Enero 6 de 2005

Noviembre de 2004

Enero 18 de 2005

Diciembre de 2004

Mayo 24 de 2005

Enero de 2005

Mayo 24 de 2005

Febrero de 2005

Contrario a lo establecido por la Entidad accionada, los pagos, aunque tardíos, se efectuaron

de manera completa¹⁵, incluso antes de la interposición de la acción de tutela, luego no resulta cierto que exista ausencia de pagos por los ciclos de cotización correspondientes a noviembre y diciembre de 2004.

Igualmente, de las pruebas que obran en el expediente (copias de los formularios de autoliquidación pagados extemporáneamente y de la contestación de la acción de tutela), se concluye que los pagos se hicieron de manera extemporánea a la Entidad Promotora de Salud y en ningún momento fueron rechazados o se constituyó en mora la deudor sino que simplemente se aceptaron.

De conformidad con lo anterior, resulta evidente, que el fenómeno del “allanamiento a la mora” que fue explicado en el numeral 6 del capítulo IV de esta providencia, es plenamente aplicable al caso en concreto, puesto que aunque los aportes no se hicieron en tiempo, éstos fueron aceptados por la EPS.

No cabe duda entonces de que existe continuidad en los aportes que hizo la empleadora de la accionante, lo que tiene como consecuencia que el responsable por el pago de la licencia de maternidad es directamente la EPS SOLSALUD, contrario a lo que pretende ésta en su defensa.

En consecuencia, esta Sala revocará el fallo del juez de 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 Único Civil Municipal de Fundación, Magdalena, del 22 de junio de 2005, y, en su lugar, CONCEDER la tutela al mínimo vital a la señora Dilia Celina Contreras Cantillo.

SEGUNDO : ORDENAR a SOLSALUD 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 Dilia Celina

Contreras Cantillo.

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

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 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.

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

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

4 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.

5 Ley 100 de 1993 Art. 24.- Acciones de cobro. Corresponde a las entidades

administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

6 Decretos 656 de 1994, 1161 de 1994 y 2633 de 1994 entre otras normas.

7 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.

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

9 Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

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

11 Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, Ed. Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005, Página 40.

12 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.

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

14 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

15 Respeto de los pagos efectuados de manera completa, la jurisprudencia de tutela de esta Corte, ha dado prelación, en situaciones excepcionales, al principio de inmunidad de los derechos fundamentales por encima de los requisitos que ha establecido el legislador para reconocer el derecho al la licencia de maternidad. En algunos casos, aunque las cotizaciones no han sido completas, se ha reconocido el derecho de la madre a que se efectúe el pago de la licencia por parte de las EPS. A manera de ilustración se pueden consultar las jurisprudencias T-931/03, T-389/04, T-1010/04, T-790/05 entre otras. Evidentemente, en el

caso que ocupa a esta Sala no ocurre este fenómeno puesto que se encuentra demostrado que existió continuidad en los aportes aunque estos se hubiesen hecho de manera extemporánea.