

Sentencia T-1025/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ASOCIACION DE CABILDOS INDIGENAS DEL NORTE DEL CAUCA

Acciones de tutela interpuestas por Edith Paola Mosquera contra Asociación de Cabildos Indígenas -Norte del Cauca- ACIN.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas 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, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro de los procesos de revisión de los fallos de tutela, en el asunto de la referencia, dictados por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao- Cauca, el 8 de junio de 2010, en primera instancia (Fls. 36 a 45); y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 28 de julio de 2010, en segunda instancia (Cuad # 2 Fls. 3 a 8)

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La ciudadana Edith Paola Mosquera, aduce que ingresó a trabajar el 25 de 2009 a la Asociación de Cabildos Indígenas - Norte del Cauca- ACIN; y que quedó en estado de embarazo en mayo de 2009, según se comprueba con el Registro Civil de nacimiento de su

hijo en el que se consigna como fecha de alumbramiento el 28 de febrero de 2010 (Fl.1). Igualmente asevera que el empleador jamás la afilió a Seguridad Social.

2. El 1º de agosto de 2009, suscribió contrato de prestación de servicios con la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN, con una vigencia de siete (7) meses, hasta el 28 de febrero de 2010 (Fls. 3 y 4)

3. Afirma la ciudadana Mosquera que el contratante se comprometió verbalmente a proporcionarle \$ 60.000, con el fin de que se afiliara de manera independiente a una EPS; pero el dinero en mención solo se lo proporcionó una vez y en diciembre del 2009, por lo cual no pudo cumplir con las cotizaciones durante los periodos correspondientes a la vigencia del contrato de prestación de servicios.

4. A partir de los acontecimientos anteriores, la ciudadana acude al juez de tutela para que ordene al empleador el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes.

1. Escrito de la demanda de tutela (Fl. 12 a 16)

1. Contrato de prestación de servicios (Fls. 3 y 4)

1. Registro Civil de nacimiento de su hijo (Fl.1)

1. Escrito de respuesta de la entidad demandada (Fls. 23 a 25)

1. Fallos de tutela de primera y segunda instancia (Fls. 36 a 45 y Cuad # 2 Fls. 3 a 8, respectivamente).

Argumentos de la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN para no reconocer el pago de la licencia de maternidad.

La entidad demandada alega que la modalidad de contratación mediante la cual la demandante le prestó sus servicios, corresponde a un contrato civil de prestación de servicios, por lo cual no puede derivarse de él, deberes para el contratante como si fuera un empleador.

De otro lado, afirma que las normas sobre seguridad social son claras en el sentido de explicar que en esta modalidad de contratos las cotizaciones correspondientes a salud están a cargo del contratista y no del contratante.

Por último alega que el deber de pago de la licencia de maternidad es de la respectiva EPS, y no del contratante.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

El aquo negó el amparo tras considerar que la modalidad de contratación que vinculó a la tutelante con la Asociación demandada, no implica una relación laboral, por lo cual no es procedente aplicar la exigencia jurídica en materia de cotizaciones al sistema de seguridad social, en cabeza de la demandada.

Afirma que la ACIN tiene razón cuando argumenta que el deber de cotizar es en estos casos de la contratista, por lo cual no puede obligarse al contratante a reconocer los aportes y mucho menos a pagar la licencia.

Por último señala que si la tutelante considera que el contrato está viciado – tal como lo alega- en el sentido en que tenía por objeto evadir los deberes laborales en seguridad social de la Asociación, el escenario para comprobarlo no es la acción de amparo, sino el proceso laboral. Y, de igual manera como no resulta claro que el contrato de prestación esté encubriendo una contrato realidad, el análisis profundo de si ello fue o no de esta manera tampoco es competencia del juez de tutela.

El ad quem se allana a los argumentos del a quo y confirma la decisión

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

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

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

2.- La ciudadana Edith Paola Mosquera, suscribió contrato de prestación de servicios con la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN, el 1º de agosto de 2009, con una vigencia de siete (7) meses hasta el 28 de febrero de 2010. La señora Mosquera estaba en estado de embarazo desde mayo de 2009, según se comprueba con el Registro Civil de nacimiento de su hijo en el que se consigna como fecha de alumbramiento el 28 de febrero de 2010.

Afirma la ciudadana Mosquera que no pudo cumplir con las cotizaciones durante los periodos correspondientes a la vigencia del contrato de prestación de servicios, porque el contratante se comprometió verbalmente a proporcionarle \$60.000, con el fin de que se afiliara de manera independiente a una EPS, pero el dinero en mención sólo se lo proporcionó una vez y en diciembre del 2009 (5 meses después de la suscripción del contrato). Acude al juez de tutela para que ordene al empleador el reconocimiento de la licencia de maternidad.

3.- La entidad demandada alega que la modalidad de contratación mediante la cual la demandante le prestó sus servicios, corresponde a un contrato civil de prestación de servicios, por lo cual no puede derivarse de él, deberes para el contratante como si fuera un empleador. Esto quiere decir que en esta modalidad de contratos las cotizaciones correspondientes a salud están a cargo del contratista y no del contratante. Agrega que el deber de pago de la licencia de maternidad es de la respectiva EPS, y no del contratante.

4.- El a quo negó el amparo y explicó que la modalidad de contratación entre la ciudadana

Mosquera y la Asociación demandada, no implica una relación laboral. Por ello el deber de cotizar en estos casos es de la contratista, y no puede obligarse al contratante a reconocer los aportes y mucho menos a pagar la licencia.

De otro lado aduce que según las pruebas y lo alegado en proceso para cada una de las partes, no resulta claro que el contrato de prestación esté encubriendo un contrato realidad, por lo cual si se quiere desvirtuar lo que es claro en el proceso debe hacerse ante el juez laboral. El ad quem se allana a los argumentos del a quo y confirma la decisión.

Problema Jurídico

5.- De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión establecer de manera general si se vulneran los derechos fundamentales de la señora Mosquera, en su condición de madre, y de su hijo recién nacido, cuando se niega el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento de que su vinculación con la entidad demandada es de prestación de servicios y no laboral, por lo cual era deber exclusivo de la contratista realizar los aportes correspondientes a Salud.

No obstante lo anterior, el problema jurídico que se acaba de describir debe ser concretado según los hechos del caso. Por ello la Sala especificará el asunto a resolver, mediante una aclaración previa sobre las particularidades fácticas del caso, para determinar los criterios a desarrollar en la presente sentencia.

Aclaración preliminar: particularidades fácticas del caso objeto de revisión.

6.- Como se desprende del recuento de los hechos realizado anteriormente, la señora Mosquera suscribió un contrato de prestación de servicios con la Asociación demandada por siete (7) meses, cuando tenía aproximadamente tres (3) meses de embarazo. Ello significa que al menos durante los siete (7) meses de duración del contrato, y que según las pruebas del expediente corresponden a los siete (7) meses últimos meses de gestación, el estatus de la actora debió ser el de cotizante independiente. Esto, a la luz de las normas vigentes sobre el tema, tales como el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, según el cual para que la parte contratante en un contrato de prestación de servicios no incurra en sanciones “deberá verificar la afiliación y pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud”.

Decreto 1703 de 2002. Artículo 23. Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De lo anterior se desprende que el sólo hecho de que la actora no se encontrara afiliada y cotizando a una EPS, durante los siete (7) meses de duración del contrato de prestación, implica la falta de cumplimiento por parte del contratante (ACIN) de lo dispuesto en la norma citada.

Tanto es así, que el inciso cuarto del mismo artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 que ante problemas como el monto de la cotización, cuando el contrato no establezca pagos mensuales, el contratante debe informarlo a la EPS. Lo que significa que hay un deber positivo de la parte contratante en el mantenimiento de la afiliación y las cotizaciones en la forma que ordenan las normas correspondientes.

7.- De otro lado, tal incumplimiento se circunscribe, según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, a que tenga lugar cualquier forma en que se impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación al sistema de seguridad social. Y, la remisión del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 (obligación de verificar afiliación y aportes a salud en contratos de prestación) al mencionado 271 de la Ley 100, significa que el incumplimiento del deber de mantener la afiliación y las cotizaciones en salud en el contrato de prestación, como condiciones de la suscripción y ejecución del mismo, son considerados por nuestra regulación vigente en esta materia como una forma de atentar contra el derecho del trabajador a su afiliación al sistema de seguridad social.

Ahora bien, la pregunta que surge ante la anterior interpretación es sobre la consecuencia jurídica derivada de incurrir en el incumplimiento cometido por la asociación demandada en el presente caso. La cual -recuérdese- consiste en la ejecución del contrato sin la verificación de los aportes como independiente. Por ello, el cuestionamiento central para determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales de la señora Mosquera consiste en establecer si

el incumplimiento de los deberes del contratante demandado, según la jurisprudencia de la Corte y las normas sobre reconocimiento y pago de licencias, puede consistir en obligarlo a pagar la licencia de maternidad.

8.- Lo explicado, descarta la perspectiva de discusión enderezada para concluir si la modalidad de contrato del caso revisado implica o no obligaciones relativas a una relación laboral; así como también excluye el análisis de si existió o no un contrato realidad. Estos tópicos que son los alegados por la defensa del demandado, y acogidos para debate por los jueces de instancia, no configuran el problema jurídico del caso. Por el contrario, como se acaba de explicar, la Sala deberá resolver el asunto relativo la consecuencia jurídica que se sigue cuando un contratante lleva a cabo la ejecución de un contrato de prestación sin la verificación de la afiliación y cotización de la contratista al sistema de salud. Y esto, bajo la consideración adicional de que la contratista, que es mujer embarazada, debió ostentar la categoría de cotizante independiente al menos durante la duración del contrato, lo que en caso sub judice, corresponde a siete (7) meses de gestación.

9.- De este modo el asunto que subyace a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la actora, consiste en determinar si existen razones constitucionales suficientes que sustenten la obligación del contratante de reconocer la licencia de maternidad de una contratista, como consecuencia del incumplimiento de sus deberes (los del contratista) contenidos en los artículos 23 del Decreto 1703 de 2002 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Para ello, la Sala reconstruirá los criterios constitucionales sobre el reconocimiento de licencias de maternidad. Posteriormente se analizarán las distintas formulas adoptadas por la regulación vigente para garantizar el pago de este tipo de licencias. Y luego de ello se resolverá el caso concreto.

Alcance de la protección constitucional a la maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

10.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la garantía de la protección efectiva de la maternidad. Entre otras, en la sentencia T-838 de 2006 y T-530 de 2007, se ha sistematizado el alcance de dicha garantía. Se ha sostenido pues, que 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. Y, 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 1994, que establece medidas para la protección de la mujer cabeza de familia.

11.- 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 maternidad⁵. 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 trabajadora⁷.

12.- 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 constitucional⁸, 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.

En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ 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 social¹⁰. 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”¹¹ 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 social¹².

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.¹³

13.- 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 familiar¹⁴.

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.).¹⁵

14.- 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.

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 y los deberes (i) de cotizar durante todo el periodo de gestación, (ii) de registrar los aportes sin mora en los pagos, y (iii) de hacer la solicitud de reconocimiento dentro de los tres meses siguientes al parto.

15.- 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 vital¹⁶ 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 hijo¹⁷; es decir cuando tiene una relación directa con la garantía de su derecho al mínimo vital.

Así las cosas, se reitera que 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.

16.- 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 gestación¹⁸ (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 derecho¹⁹; (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento²⁰.

Sobre el deber de cotizar durante todo el periodo de gestación

18.- 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, que “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”

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”.

19.- Más recientemente, en sentencia T-530 de 2007, se puntualizaron dos aspectos importantes en relación con la subregla mencionada según la cual, la falta de cotización de algún periodo de la totalidad del periodo de gestación, no autoriza per se el no pago de la licencia de maternidad. En primer término, se resaltó la importancia de analizar el hecho de que a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros.²¹ De tal manera, que las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el período de gestación²²; y la indicación de que el periodo de gestación corresponde a 36 semanas, no puede aplicarse, para efectos del cálculo de las semanas cotizadas, como regla general a todos los casos.

20.- En segundo término, en la sentencia T-530 de 2007 citada, se reconstruyó el conjunto de

elementos fácticos de los casos revisados por esta Corte, en relación con la determinación del número de semanas (días o meses) no cotizados, con el fin de establecer a partir cuántas de semanas no cotizadas procedía el reconocimiento del pago de la licencia. Así, se encontró pues que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido aunando su criterio alrededor de la distinción de dos situaciones, con dos consecuencias jurídicas igualmente diferentes. Una relativa a cuando el periodo no cotizado es mayor a dos meses del periodo total de gestación, caso en cual procede el reconocimiento del pago de la licencia, en un valor proporcional al tiempo cotizado; y otra situación correspondiente a cuando el periodo no cotizado es menor a dos meses del periodo total de gestación, caso en cual procede el reconocimiento del pago de la licencia, en su valor total, como si se hubiese cotizado durante todo el periodo de gestación.

Por la importancia de lo anterior, se citará in extenso el análisis que le permitió a la Corte puntualizar lo expuesto.

“[En un principio], se consideró que la ausencia de pago de aportes durante cortos períodos durante el tiempo de la gestación, no podría ser argumento suficiente para no proteger por vía de tutela los derechos fundamentales al mínimo vital, tanto de la madre como del nacisturus, razón por la cual se procedió a amparar por esta vía judicial excepcional el pago de tal licencia de maternidad.

Sin embargo, abierta esta brecha, los casos en los que las cotizaciones no coincidían con el período de gestación, y por ser aquellas ligeramente menores, se multiplicaron y fueron haciéndose más comunes.²³ Es decir, ya no faltaban por cotizar algunos días, sino que se daba el caso de faltar semanas completas de cotizaciones y en algunos casos varias semanas en su conjunto, lo que fue generando pronunciamientos por parte de la Corte, cada vez más proteccionistas, en detrimento del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para que el derecho prestacional se pudiera pagar adecuadamente.

De esta manera, se concedieron tutelas en las que se habían dejado de pagar tan solo 11 días o 21 días²⁴, para pasar a amparar derechos fundamentales en casos en los que la madre reclamante había dejado de cotizar por más de un mes y hasta casi 3.6 meses como ocurrió en la sentencia T-1205 de 2005,(...).

Ante esta situación, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243

de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de establecer un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de un derecho prestacional que garantizaría el respeto de derechos fundamentales de orden constitucional, frente a la necesidad de asegurar una la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del SGSSS.

Ciertamente, la misma Corte había advertido que ordenar el reconocimiento de una licencia de maternidad cuando el requisito de exigir aportes por cotización en un número similar de semanas al del período de gestación de la madre no podía aplicarse de manera mecánica y por igual a todos los casos, no pondría en peligro el equilibrio financiero del SGSSS; sin embargo, si esta circunstancia se llega a presentar de manera más repetitiva y en una mayor escala, podría tornarse en desequilibrante y afectar el SGSSS, poniendo en peligro de esta manera el futuro reconocimiento de esta misma prestación social a futuras madres en igualdad de circunstancias.

Ante esta difícil situación, se advirtió que si bien en algunos caso las afiliadas no lograban cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar el pago de la licencia de maternidad, no podía entrar a garantizarse su derecho prestación a la licencia de maternidad, sin que se diera una proporcionalidad en el pago de la misma, calculada según el número de semanas efectivamente cotizadas.

(...)

De esta manera, se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007 en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de

maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que ´en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación´25.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento. (100%).” [T-530 de 2007]

Sobre el deber de registrar los aportes sin mora en los pagos y el allanamiento a la mora

21.- En este contexto, ha sostenido igualmente la Corte Constitucional, que 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.²⁶

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.

22.- Así pues, la Corte ha sido enfática en señalar que “si las entidades de salud no manifiestan su inconformidad al momento en que se efectúa el pago “extemporáneo”, no podrán posteriormente alegar esta circunstancia como causa suficiente para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, pues en estos casos, se estaría ante un allanamiento a la mora, originada en la propia negligencia de la entidad en exigir de sus afiliados el pago oportuno de las cotizaciones, máxime cuando ésta dispone de los medios legales para hacerlo”²⁷.

La teoría del allanamiento a la mora ha sido descrita por la jurisprudencia constitucional, de la siguiente manera: “...en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes’ la E.P.S. no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría ‘una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador”²⁸

Sobre el deber de hacer la solicitud de reconocimiento dentro de los tres meses siguientes al parto.

23.- De otro lado, a partir de la sentencia T-999 de 2003²⁹, se planteó un cambio de jurisprudencia en cuanto a la oportunidad para solicitar el reconocimiento del pago de la licencia, incluso por vía de tutela. Consideró la Corte que la tesis mantenida previamente, que establecía la garantía de la vigencia de la licencia de maternidad (84 días) como plazo oportuno para solicitar su reconocimiento, se había convertido con el tiempo en un formalismo utilizado por las Empresas Promotoras de Salud que hacía nugatoria la protección efectiva de las garantías con las cuales debe contar la mujer durante el embarazo y después del parto, así como el recién nacido. Sobre ese presupuesto, la Corte amplió el término para hacer viable su solicitud, así como su amparo constitucional, al primer año de vida del niño³⁰.

Lo anterior significa entonces, que a partir de la sentencia en comento, la solicitud del pago de la licencia de maternidad es procedente dentro del año siguiente a la fecha del parto. De

igual manera para que el amparo constitucional sea viable, el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad debe ser planteado ante los jueces de tutela dentro del mismo lapso de tiempo, esto es, durante el primer año de vida del niño.

24.- En conclusión, 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, ni la ausencia de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social durante el período de gestación, ni cuando se ha presentado el fenómeno de allanamiento a la mora, ni la solicitud (incluso por vía de tutela) del reconocimiento de la licencia después de los tres meses siguientes al parto (y dentro del año siguiente), constituyen razones suficientes para rehusar el pago de la prestación referida.

Ahora bien, la negativa de reconocer el pago de la licencia de maternidad en alguno de los supuestos anteriores, hace presumir la violación del mínimo vital de la madre y del menor, por cuanto aquélla es trabajadora y depende para su subsistencia del ingreso que recibe por su labor.

Sobre la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital, cuando se desconoce la jurisprudencia constitucional en materia de inaplicación de algunos requisitos relativos al acceso a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad

24.- En efecto, la Corte ha sostenido que las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Empero, otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, se puede afirmar que el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido.

25.- En este orden, esta Corporación ha desarrollado la noción de mínimo vital acorde con cada caso concreto, para referirse a la relación entre el contenido del derecho a gozar de las condiciones mínimas de subsistencia, y las distintas necesidades que surgen de las diferentes condiciones en las que se pueden encontrar las personas. Así pues, si bien se

pueden identificar derechos básicos referidos a la garantía de subsistencia en condiciones dignas, esto es, un contenido genérico del derecho al mínimo vital; no se puede desconocer que dependiendo de las condiciones que enmarquen la situación de una persona, así mismo variarían las necesidades cuyo carácter resulta básico en relación con dicha subsistencia. Y, en este sentido el contenido del mínimo vital se amplía para cubrir aquellas necesidades, que en otras condiciones o para otras personas no resultarían básicas. Los derechos básicos que van a definir los contornos de la garantía del mínimo vital no son pues un estandar inalterable, sino un análisis cualitativo de qué es lo básico mínimo en cada caso.

Precisamente, un ejemplo claro de ello es el de la distinta configuración del contenido del derecho al mínimo vital de las mujeres, tal como se expuso, según estén éstas en estado de gravidez o no, o según la protección de la maternidad implique el cuidado de su embarazo solamente y del menor por nacer, o de su condición post-parto y del menor recién nacido.

26.- La determinación del contenido del derecho al mínimo vital, para la garantía de su protección, ha involucrado dos aspectos principales. En primer término, “[e]l concepto de mínimo vital (...) no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa (...), atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”³¹ Y, en segundo lugar, la Corte ha considerado que la vulneración del derecho al mínimo vital se protege mediante la acción de amparo, para evitar que la persona “...sufra una situación crítica económica (...). Con esta referencia se pretende dejar intacta la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria, cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo.”³²

Los puntos de referencia anteriores, es decir, el contenido del mínimo vital con un alcance mayor al de la mera posibilidad de subsistencia biológica y la procedencia de su protección por vía de tutela en situaciones urgentes, sugieren que el contenido del derecho al mínimo vital aparece como el punto de equilibrio entre estos dos criterios. Si bien el mencionado contenido del derecho al mínimo vital varía según la situación de quien alega su vulneración o amenaza, esto no puede derivar en el absurdo que toda reclamación jurídica de carácter económico, implique la vulneración de este derecho, so pretexto de que lo básico mínimo es

contingente según cada situación particular.

Por el contrario el límite a ello se encuentra en que no todas las necesidades resultan constitucionalmente básicas y urgentes; sino sólo aquellas cuya satisfacción implique la protección inmediata de otros derechos fundamentales. Contrario sensu, la característica de dichas necesidades es que la consecuencia de su no satisfacción implica la vulneración de otros derechos fundamentales. De otro modo, no es posible que un debate jurídico sobre los ingresos económicos de ciudadanos(as), respecto de las necesidades que dichos ingresos pretenden cubrir, resulte constitucionalmente relevante, luego discutible en sede de tutela.

De hecho, la estructura del derecho al mínimo vital implica per se la consideración de otros derechos fundamentales. Aquéllos que conforman la subsistencia digna de las personas, v.gr alimentación, salud, vivienda, entre otros.

27.- Así, el reconocimiento de las condiciones que rodean a las mujeres gestantes y a aquéllas que acaban de dar a luz, indica que las prestaciones que conforman su mínimo vital se incrementan, así como también la urgencia de su garantía. De ahí, que la Corte Constitucional considere que la privación del pago correspondiente a la licencia de maternidad, haga presumir la vulneración del mínimo vital tanto de la mujer, como del menor recién nacido. Esta presunción, es la que justifica la afirmación, tantas veces reiterada por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de calificar de razones insuficientes para negar el pago de la licencia en mención, el incumplimiento de algunos requisitos formales.

Ahora bien, tal como se advirtió, a continuación se hará una referencia a las formas que nuestra regulación ha diseñado para garantizar el pago de las licencias de maternidad.

Regulación sobre la garantía del pago de las licencias de maternidad.

28.- Nuestra legislación en materia de seguridad social en salud establece el criterio según el cual, frente a cualquier alternativa laboral, que configure o no una relación laboral, los ciudadanos tienen el deber de aportar a los regímenes de salud y pensiones. La Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2002, los decretos 806 de 1998, 1703 de 2002, 828 de 2003, el Acuerdo

414 de 2009 del Consejo Nacional de seguridad Social en Salud (CNSSS), entre otros, son expresión de las medidas existentes para lograr el cumplimiento de dicho deber.

En el caso de las mujeres embarazadas, el deber de aportar en salud, tal como se explicó ampliamente en el acápite anterior, se traduce en una garantía mayor e inmediata, cual es el acceso a la prestación económica de la licencia de maternidad. Por ello la legislación ha establecido varios supuestos a partir de los cuales se procura la mencionada garantía.

29.- En primer lugar, el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existen pagos extemporáneos de la cotización, está garantizado según la jurisprudencia que se acaba de citar y según el artículo 2º del Acuerdo 414 de 2009 CNSSS:

“Reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existen pagos extemporáneos de la cotización. Sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud por el incumplimiento en las obligaciones de los aportantes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud,

Si el empleador o la cotizante independiente se encuentran en mora en el pago de las

cotizaciones en la fecha en que la madre cotizante da a luz, la EPS o EOC reconocerá la licencia de maternidad, siempre y cuando la mora sea de máximo un periodo de cotización y se haya dado el pago de la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento”

Como se ve en este caso la obligación del pago está a cargo de la EPS

30.- En segundo lugar, está también garantizado el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existe un pago errado de la cotización de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 414 de 2009 CNSSS:

“Artículo 3º. Reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existe pago errado de la cotización. En el caso en que el empleador o la cotizante independiente, por error imputable a ellos mismos, paguen las cotizaciones erradamente a otra EPS o EOC de alguno de los periodos anteriores al inicio de la licencia, la EPS o EOC a la que se encuentra afiliada la cotizante, reconocerá la prestación económica si el empleador o cotizante independiente paga las cotizaciones a la EPS o EOC a la que se encuentra afiliada, sin que el pago de dicha

prestación dependa del trámite de solicitud de devolución de recursos ante la EPS o EOC a la que se cotizó erradamente.

En estos casos la EPS o EOC que recibió erradamente el pago, previa solicitud efectuada por el aportante, solicitará al FOSYGA de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Decreto 2280 de 2004, o la norma que la modifique o subrogue, el

reintegro de las cotizaciones, si estas fueron giradas al FOSYGA como saldos no compensados. La EPS o EOC a su vez reintegrará la cotización al aportante, una vez

recibidos los recursos del FOSYGA, dentro de los quince (15) días calendario siguientes.”

En este caso también la obligación el pago está a cargo de la EPS

31.- Y en tercer lugar, se garantiza el pago de la licencia, también cuando el empleador incurre en mora. Este supuesto está regulado en el artículo 80 del decreto 806 de 1998 y el inciso segundo del numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999. Pero contrario a las dos hipótesis anteriores, en este evento el pago se dispone a cargo del empleador; a saber:

Decreto 806 de 1998: Artículo 80. Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas.

Decreto 1804 de 1999 Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. (...) Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

(...)”

32.- Como conclusión preliminar del anterior régimen encuentra esta Sala de Revisión que la

imputación de faltas del empleador como el pago extemporáneo y la mora en los aportes, presenta como medidas para garantizar el reconocimiento de la licencia, dos opciones. La primera que el pago se haga a cargo de la EPS y la segunda que lo realice el empleador. Sin embargo es de destacar, que la legislación pretende salvaguardar el derecho de la mujer gestante, a pesar de los errores o incumplimientos del empleador.

Además de que es claro que las medidas en cuestión tienen como supuesto casos excepcionales originados no sólo en alguna falta de quien está obligado a cancelar el aporte y no lo hace o no lo hace en tiempo; sino también a propósito del evento de las incapacidades generales y el embarazo. Ello quiere decir que nuestra legislación impone cargas superiores en estos casos, con tal de garantizar en estas específicas situaciones los derechos de seguridad social.

Con base en los anteriores criterios se analizarán cada uno de los casos objeto de revisión.

Caso concreto.

33.- En el caso concreto la ciudadana Edith Paola Mosquera, suscribió contrato de prestación de servicios con la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN, el 1º de agosto de 2009, con una vigencia de siete (7) meses hasta el 28 de febrero de 2010, que coinciden los últimos siete (7) meses de su embarazo (según el Registro Civil de nacimiento de su hijo la fecha de alumbramiento fue el 28 de febrero de 2010)³³. Durante la señora Mosquera que no cumplió con las cotizaciones durante los periodos correspondientes a la vigencia del contrato de prestación de servicios.

Sin embargo, pese a la ausencia de cotizaciones el contratante llevó a cabo la ejecución del contrato de prestación, incumpliendo sus deberes contenidos en los artículos 23 del Decreto 1703 de 2002 y 271 de la Ley 100 de 1993, consistentes en verificar la afiliación y las cotizaciones a la EPS por parte de la contratista, como condiciones de la ejecución del mismo.

34.- Sobre los hechos descritos encuentra la Sala que la protección constitucional de la maternidad implica que se deben tomar medidas especiales en este caso para garantizar el reconocimiento de la licencia a la demandante, tal como es el sentido de la legislación relativa al reconocimiento de licencias en casos donde se presentan faltas a los deberes de

quien debe aportar.

Ahora bien, a pesar de que es innegable en el caso objeto de revisión, la existencia de una obligación de la contratista de cotizar como independiente, al menos durante la vigencia del contrato; no se puede desconocer la obligación de la parte contratante de hacer depender la ejecución del contrato en cuestión del correcto comportamiento de la señora Mosquera frente al régimen de seguridad social en salud. Por ello, se puede concluir que este es un caso en el que procede la imposición de cargas superiores a las normalmente establecidas, con el fin de lograr la garantía de los derechos de seguridad social.

Si ello no fuera así, y resultara una razón suficiente para no otorgar la prestación económica de la licencia de maternidad, el hecho de la modalidad de alternativa laboral de la mujer gestante; entonces se vaciarían de contenido tanto la protección constitucional especial a la maternidad explicada más arriba – que incluye al(a) recién nacido(a)- como también la esencia de las regulaciones en esta materia, las cuales abogan por imponer obligaciones a este respecto a los contratantes, y por establecer medidas especiales ante eventos especiales originados en fallas en el cumplimiento de los deberes para reconocer la prestación.

35.- De este modo, el análisis se traslada a la determinación que cuál sería la carga procedente y en cabeza de quién adjudicarla. Sobre esto, es claro para la Sala que la medida debe consistir en el reconocimiento de la prestación económica de la licencia. No obstante, teniendo en cuenta que la omisión de la contratista a quien se debe reconocer la prestación, fue determinante para que ésta no se causara en debida forma, ordenar el reconocimiento total de la licencia sería prestar anuencia de la Corte a dicho incumplimiento. Por ello, las razones de rango constitucional y legal que permiten concluir que incluso en este caso la demandante tiene derecho a la licencia, llevan también a concluir que el pago debe ser ponderado en relación con el hecho de que no sólo el contratante incumplió sus deberes, sino también la contratista incurrió en omisiones.

36.- En este orden, antes de determinar en qué proporción sería razonable garantizar el pago en cuestión, para no pasar por alto ninguna de las omisiones acaecidas en el caso (la del contratante y la de la contratista), y cumplir con el fin constitucional esencial en esta materia, se debe determinar en cabeza de quién se ha de ordenar el pago. Así, esta Sala

considera que ante las alternativas presentadas por las regulaciones sobre reconocimiento de licencia, cuales son que sea la EPS o el empleador quien cancele la licencia, sólo resulta aplicable aquella que remite al empleador. Pues en aras de la garantía del derecho constitucional de las mujeres gestantes tantas veces aludido, éste (el empleador) resulta asimilable de manera excepcional al contratante, en virtud de los deberes de los mencionados contratantes en estas situaciones. Y también, entre otras cosas porque la omisión de la parte contratante en el caso fue tan grave que ni siquiera existió certeza sobre si la afiliación de la contratista a una EPS como independiente, existió o no. Luego jurídicamente no es viable vincular, y mucho menos condenar a alguna EPS.

Por ello, tal como se advirtió, no resultaría viable exonerar del todo al contratante de quien se puede afirmar que con un poco de diligencia hubiese ayudado a la correcta causación del derecho a la prestación.

37.- Ahora bien, en consideración a que la duración del contrato de prestación fue de siete (7) meses, luego la omisión del contratante se dio justamente durante este lapso, encuentra esta Sala que el reconocimiento de la licencia de manera proporcional a los siete (7) meses en mención, logra un equilibrio entre los derechos en juego en el caso, y las responsabilidades incumplidas de la contratista y el contratante.

Por lo anterior la Corte ordenará a la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN, que cancele a la señora Mosquera el valor correspondiente a la licencia de maternidad proporcional a siete (7) meses de cotización, y sobre la base de lo que, en su momento, la ciudadana en mención debió calcular el aporte como cotizante independiente en vigencia del contrato de prestación. Y, además dispondrá que el juez de primera instancia vigile que tanto el pago como el cálculo del monto a cancelar se hagan en la forma en que esta Corte lo dispondrá y dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación de la orden al demandado.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia, el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 28 de julio de 2010, en segunda instancia, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Asociación de Cabildos Indígenas – Norte del Cauca- ACIN, que cancele a la señora Mosquera el valor correspondiente a la licencia de maternidad proporcional a siete (7) meses de cotización, y sobre la base de lo que la ciudadana en mención debió calcular en su momento el aporte como cotizante independiente en vigencia del contrato de prestación de servicios, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la orden al demandado.

TERCERO.- DISPONER que el juez de primera instancia (Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao- Cauca) VERIFIQUE que tanto el pago ordenado en numeral anterior, como el cálculo del monto a cancelar, se hagan en la forma en que esta Corte lo ha dispuesto y dentro del plazo establecido.

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

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

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-1025 DE 201034

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte me permito salvar parcialmente el voto en la presente oportunidad, con base en las razones que expongo a continuación.

1. El caso resuelto por la Sala Octava en la sentencia de la referencia, aborda el problema jurídico de determinar si resulta exigible el pago de la licencia de maternidad en el escenario de los contratos de prestación de servicios profesionales, cuando la contratista no efectúa los pagos a seguridad social en salud.

2. Siguiendo el acápite “antecedentes” del fallo, la peticionaria suscribió un contrato de prestación de servicios con la Asociación de Cabildos Indígenas de Norte del Cauca (Acin) y durante la ejecución del mismo no efectuó pagos al sistema de seguridad social en salud. De acuerdo con la accionante, los pagos no se realizaron porque la Acin incumplió el acuerdo verbal de otorgarle el dinero para sufragar ese gasto cada mes. Por su parte, la asociación sostuvo en su intervención ante el juez de tutela de primera instancia, que en los contratos de prestación de servicios la responsabilidad por el pago de seguridad social en salud está en cabeza de la contratista.

3. La Sala de Revisión concedió el amparo, basándose en (i) la necesidad de asegurar la eficacia de los deberes de especial protección que tiene el estado frente a las mujeres gestantes y los menores de edad; y (ii) la obligación legal del contratante de verificar que los pagos a seguridad social sean cancelados oportunamente por el contratista, durante la ejecución del contrato.

Sin embargo, la Sala precisó que la peticionaria también incumplió su deber de cotizar directamente al sistema de seguridad social en salud, razón por la cual propuso adoptar una decisión que tuviera en cuenta el incumplimiento de ambas partes:

“Ahora bien, a pesar de que es innegable en el caso objeto de revisión, la existencia de una obligación de la contratista de cotizar como independiente, al menos durante la vigencia del contrato; no se puede desconocer la obligación de la parte contratante de hacer depender la ejecución del contrato en cuestión del correcto comportamiento de la señora Mosquera

frente al régimen de seguridad social en salud. (...) De este modo, el análisis se traslada a la determinación que cuál sería la carga procedente y en cabeza de quién adjudicarla. Sobre esto, es claro para la Sala que la medida debe consistir en el reconocimiento de la prestación económica de la licencia. No obstante, teniendo en cuenta que la omisión de la contratista a quien se debe reconocer la prestación, fue determinante para qué ésta no se causara en debida forma, ordenar el reconocimiento total de la licencia sería prestar anuencia de la Corte a dicho incumplimiento. Por ello, las razones de rango constitucional y legal que permiten concluir que incluso en este caso la demandante tiene derecho a la licencia, llevan también a concluir que el pago debe ser ponderado en relación con el hecho de que no sólo el contratante incumplió sus deberes, sino también la contratista incurrió en omisiones”.

4. El motivo del disenso con el fallo, radica en que esa solución intermedia no se vio reflejada en la parte resolutoria de la sentencia, pues si bien se propuso estimar el incumplimiento mutuo, al momento de determinar el alcance del amparo, la Sala solamente tomó en cuenta la omisión de la Acin y no el incumplimiento de la peticionaria, como se evidencia en este párrafo:

“37.- Ahora bien, en consideración a que la duración del contrato de prestación fue de siete (7) meses, luego la omisión del contratante se dio justamente durante ese lapso encuentra esta Sala que el reconocimiento de la licencia de manera proporcional a los (7) meses en mención, logra un equilibrio entre los derechos en juego en el caso, y las responsabilidades incumplidas de la contratista y el contratante”.

De esa forma toda la carga se traslada a la parte accionada y, en cambio, se permite a la peticionaria omitir su deber de solidaridad ante el sistema de seguridad social en salud.

5. Considero que, siguiendo las subreglas que guían el pago de la licencia de maternidad (reiteradas en el proyecto), la Sala debió determinar, en primer lugar, si procedía el reconocimiento completo o proporcional de la licencia para, posteriormente, dividir en partes iguales el monto de la prestación que le corresponde asumir a las partes.³⁵

6. El problema de la decisión adoptada, es que del fallo de la referencia se desprende una subregla que permite a las mujeres gestantes, contratadas en la modalidad de prestación de servicios, omitir el pago de aportes en seguridad social en salud, y a pesar de ello, acceder a la licencia de maternidad, contrariando el principio de solidaridad, piedra angular del sistema

de seguridad social en salud, y cuya satisfacción trasciende la relación contractual entre las partes. Por esa razón, estimo acertado que la Sala haya concedido el amparo, persiguiendo la eficacia de los derechos de la mujer gestante y su hijo recién nacido; pero considero que el alcance del fallo tiene consecuencias jurídicas inaceptables desde la óptica constitucional de la seguridad social, lo que motiva este salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

1 Folio 1

2 Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador

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

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

5 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 gineco-obstetricia.

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

7 T-1038 de 2006: “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, entre otros, la garantía de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud.”

8 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.

“(…)”.

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

10 Artículo 10 del Pacto.

11 Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.

12 Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

13 T-1038 de 2006: “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 Niño,

los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres.” [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.]

14 Cfr. Sentencia T- 461 de 2006 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.

15 Ver sentencia T- 674 de 2006

16 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”.

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

18 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”.

19 Decreto 1804 de 1999, art. 21, num 1

21 T-520 de 2006: “Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de

maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el período de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros. La Sala constata que, en efecto, en los términos en los cuales está establecido el mandato de pago de todo el período de gestación no se establece un tiempo predeterminado de embarazo en meses o semanas. En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 indica: 'Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.' Además, el Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2, señala: '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 (...).''

22 Sentencia T-1243 de 2005, reiterada entre otras en las sentencias: T-906 de 2006, T-1038 de 2006, T-053 de 2007 y T-122 de 2007.

23 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005; T-549 de 2005; T-1010 de 2004, y T-931 de 2003. Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

24 Sentencia T-549 de 2005,

25 T-053 de 2007

26 T-1038 de 2006

27 T-530 de 2007

28 Sentencia C-177 de 1998

29 Previo a esta sentencia, la Corte sostuvo en su jurisprudencia el criterio según el cual, para que la afección al mínimo vital de la madre y el recién nacido generara amparo constitucional, era preciso que el pago de dicha prestación se planteara ante los jueces de tutela durante la vigencia de la licencia, es decir, dentro del término de los 84 días que establece la ley. Si transcurría el término de la licencia sin que se hubiese hecho efectivo su pago, se estaba ante un perjuicio causado y por ello no era viable la protección constitucional de los derechos.

30 La T-999 de 2003 lo estableció en los siguientes términos: “Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo. Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido.” Esta jurisprudencia ha sido reiterada por las sentencias T-1014 de 2003, T-236, T-878, T-922 y T-968 de 2004, T-019, T-574, T-682, T-794, T-825 y T-947 de 2005, entre muchas otras.

31 T-553 de 2005

32 SU-995 de 1999, reiterada entre otras en la T-158 de 2006

33 Folio 1

34 Con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

35 En términos concretos, si la peticionaria tenía el derecho al 100% de la licencia, debería pagar la Acin el 50% y la peticionaria asumir el 50% restante; si la accionante tenía el derecho a obtener un pago proporcional de, v.gr. el 70% de la licencia, debió condenarse a la Acin al pago del 35% de la misma, y a la peticionaria a asumir el 35% restante.