

Sentencia T-1165/04

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago cuando el mínimo vital de la madre se encuentre vulnerado

LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Aportes al sistema por un periodo igual al de la gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago cuando el mínimo vital de la madre se encuentre vulnerado

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

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

Referencia: expedientes T-952128, T-952179 y 952184 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por Inés Bustamante Moreno, Iveth Cortés Maury y Nereili Arrieta Coba contra Salud Total E.P.S.

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En los procesos de revisión de los fallos proferidos en primera instancia por los Juzgados Octavo (8) y Tercero (3) Penales Municipales de Barranquilla y por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla en segunda instancia (expedientes T-952128, T-952179 y T-952184), dentro de las acciones de tutela instauradas separadamente por Inés Bustamante Moreno, Iveth Cortés Maury y Nereila Arrieta Coba contra Salud Total E.P.S..

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 12 de agosto de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Ocho (8) fueron seleccionados para revisión los expedientes T-952128, T-952179 y T-952184.

En el mismo auto se decidió acumular las acciones de tutela promovidas por Iveth Cortés Maury (expediente T-952179) y Nereili Arrieta Coba (expediente T-952184) contra Salud Total E.P.S., a la acción promovida por Inés Bustamante Moreno (expediente T-952128) contra la misma entidad, para que fueran falladas en una misma sentencia por presentar unidad de materia.

1. Las demandas de tutela.

* Expediente T-952128.

La señora Inés Bustamante Moreno presentó a través de apoderado el 23 de octubre de 2003 acción de tutela contra Salud Total E.P.S. seccional Barranquilla, para que se le proteja el derecho fundamental al pago de la licencia de maternidad y el derecho a la igualdad.

Indica la demandante que es empleada de la Fundación San Carlos Borromeo en la ciudad de Barranquilla y desarrolla su labor como docente del Colegio Técnico Industrial San Carlos Borromeo, y se encuentra vinculada al sistema de seguridad social en salud a través de la E.P.S Salud Total.

Manifiesta que el día 14 de abril de 2003 dio a luz mediante cesárea a un nuevo hijo, por lo que su médico tratante le concedió a partir del 14 de abril de 2003 la licencia de maternidad a la que tenía derecho por el lapso 84 días.

Sostiene que a la fecha del parto su empleador se encontraba al día en sus pagos al sistema de seguridad social en salud. Con respecto al mes de marzo de 2003, el aporte fue cancelado el 12 de abril de 2003 y la incapacidad por licencia de maternidad se generó el 14 del mismo mes, hecho que comprueba que el empleador se encontraba al día en sus pagos.

Expone que luego de presentar los documentos respectivos para el reconocimiento de la

mencionada licencia, Salud Total E.P.S. negó su pago, alegando que no hay mínimo 4 pagos oportunos durante la gestación.

Añade que tiene más de 100 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en salud, según se desprende de la certificación expedida por la entidad demandada el 10 de mayo de 2002, por lo que tiene el derecho del reconocimiento económico de la licencia de maternidad y su posterior pago, ya que la ley exige para ese efecto un mínimo igual al período de gestación y para el cubrimiento integral del servicio de salud exige mínimo 100 semanas de cotización.

* Expediente T- 952179.

La señora Iveth Cortés Maury presentó el 26 de noviembre de 2003 acción de tutela contra la E.P.S. Salud Total, para que se le protejan sus derechos fundamentales a la vida, salud, protección especial de la mujer embarazada, seguridad social, dignidad humana y derecho de los niños.

Sostiene la demandante que el 5 de febrero de 2003 ingresó a laborar en la empresa Barranquilla Industrial de Confecciones S.A., desempeñando el cargo de oficios varios, siendo afiliada al sistema de seguridad social en salud el 17 de febrero de 2003 en la E.P.S. Salud Total.

Indica que la empresa empleadora cumplió a cabalidad con el pago de las respectivas cotizaciones a Salud Total E.P.S.

Expone que el día 25 de septiembre de 2003, a través de cesárea, dio a luz a un niño el cual sólo tenía un tiempo de gestación de 35 a 36 semanas.

Añade que acudió a la E.P.S. Salud Total para que se le cancelara su licencia de maternidad, pero ésta le fue negada.

Por lo anterior, solicita se le tutelen sus derechos fundamentales y los de su hijo menor de edad.

* Expediente T- 952184.

La señora Nereili Arrieta Coba presentó el día 19 de febrero de 2004 acción de tutela contra la E.P.S. Salud Total por considerar que se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, dignidad humana e igualdad.

Indica la demandante que se encuentra afiliada a Salud Total E.P.S., en donde ha cotizado un total de 43 semanas.

La demandante elevó ante la precitada E.P.S. solicitud de pago de licencia de maternidad, la cual fue negada argumentándose que no era procedente su pago, puesto que el número de semanas de cotización es inferior al número de semanas de gestación.

Expone la accionante que Salud Total E.P.S. no tuvo en cuenta el total de semanas cotizadas por cuanto son 43 y no 26 como lo afirma la entidad demandada.

Finaliza la demandante anotando que la misma entidad demandada certificó a través de comunicación fechada el 5 de febrero de 2004 que tenía cotizadas 43 semanas, en calidad de cotizante dependiente del empleador Belleza Natural Escuela Estética.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la accionante que Salud Total E.P.S. además de vulnerar sus derechos a la vida, igualdad y mínimo vital, también está vulnerando los derechos de su pequeño hijo menor de edad.

2. Argumentos de la entidad demandada.

* Expediente T-952128.

Mediante escrito dirigido el día 27 de noviembre de 2003 al juez de la causa, Salud Total E.P.S. contestó la demanda solicitando se declare improcedente la acción de tutela instaurada por Inés María Bustamante Moreno.

Argumenta la E.P.S. demandada que una vez revisado el sistema de información, se pudo

establecer que la demandante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud a través de ésta E.P.S. desde el 7 de marzo de 2000, contando a la fecha con un total de 189 semanas cotizadas.

Una vez estudiada la solicitud para el pago de la licencia de maternidad presentada por la demandante, se encontró que había lugar a rechazarla puesto que no fueron cancelados por su empleador al menos cuatro pagos oportunos durante los últimos 6 meses anteriores a la causación del derecho (fecha del parto), por lo que no se cumplió con lo normado por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

Así las cosas, los aportes realizados durante este período no tuvieron como mínimo 4 pagos oportunos, como lo exige el Decreto 1804 de 1999 en concordancia con el Decreto 1406 de 1999 al momento de generarse el derecho a la licencia de maternidad, esto es, al del nacimiento de su hijo, de tal suerte que el efectuar los pagos dentro del término establecido se constituye en un requisito para generar el derecho de acuerdo con el artículo 80 del Decreto 806 de 1998.

De lo anteriormente expuesto, no se deduce de ninguna manera que la usuaria en su calidad de trabajadora no tenga derecho al pago de la licencia de maternidad; por el contrario, sí lo tiene, pero al no cumplir con los requisitos para que el subsistema de salud la asuma, quien resulta ser el directo responsable del pago de esta prestación económica es el empleador, de acuerdo con lo consagrado por el artículo 80 del Decreto 806 de 1998.

Expediente T- 952179.

Mediante escrito dirigido el día 5 de diciembre de 2003 al juez de la causa, Salud Total E.P.S. contestó la demanda solicitando se declare improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Iveth Cortés Maury.

Indica que para que una mujer pueda exigir el reconocimiento de la licencia de maternidad por cuenta de la E.P.S. y con cargo al sistema general de seguridad social en salud, se necesita que haya estado cotizando de manera efectiva al sistema durante un período igual al de gestación y por no haberse cumplido no procede autorizar el pago de la licencia de maternidad a favor de la demandante. En efecto, al momento de ocurrir el parto, 5 de septiembre de 2003, la afiliada sólo contaba con 26 semanas de cotización, cantidad inferior

al número de semanas de gestación, que para el caso que nos ocupa fue de 35 semanas.

* Expediente T- 952184.

Mediante escrito dirigido el día 3 de marzo de 2004 al juez de la causa, Salud Total E.P.S. contestó la demanda solicitando se declare improcedente la acción de tutela promovida por la señora Nereili Arrieta Coba.

La entidad demandada expone que una vez revisado su sistema de información se constató que la demandante se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud a través de Salud Total E.P.S. desde el día 1 de septiembre de 2002, en calidad de cotizante dependiente actualmente del empleador Belleza Natural Escuela de Estética; igualmente se pudo establecer que el estado actual de la afiliación de la demandante es el de mora, en virtud de que el empleador adeuda el valor de los aportes correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2004.

Manifiesta que es preciso aclarar que la fecha en la cual se hace exigible el pago de la obligación por concepto de licencia de maternidad a favor de la actora es la misma del parto, esto es, 13 de marzo de 2003, por 84 días, es decir que la licencia de maternidad a favor de la accionante finalizó en el mes de junio de 2003, fecha en la cual la señora Arrieta inició nuevamente su relación laboral con su empleador.

Argumenta que han pasado un poco más de 8 meses desde cuando el derecho al reconocimiento económico por licencia de maternidad a favor de la demandante se hizo exigible, hecho que genera la improcedencia de la misma, ya que el elemento de la protección inmediata del derecho ha dejado de existir.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

* Expediente T-952128.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla mediante sentencia de fecha 1 de diciembre de 2003 resolvió denegar por improcedente la acción de tutela.

Sostiene el Juzgado de instancia que existe un conflicto respecto de a quién corresponde pagar la licencia de maternidad a la demandante, situación que por lo complejo no puede ser dirimida por la acción de tutela.

Además de lo anterior, el despacho no encontró que exista un perjuicio irremediable, ya que en estos momentos su derecho al mínimo vital no está siendo vulnerado puesto que la accionante no manifestó que se encuentre desempleada.

Igualmente señala el Juzgado que desde el momento del parto han pasado ya más de 7 meses, y sólo es permitido el pago a través de acción de tutela en casos excepcionales cuando se quiere proteger la vida del nasciturus y de la madre que se encuentra incapacitada para laborar.

Impugnación.

La accionante impugnó la decisión adoptada por el Juez de Tutela en primera instancia.

Sostiene el apoderado de la demandante que no es dable sostener que la acción de tutela es improcedente y que la parte interesada en el pago deba acudir a la vía del proceso ordinario laboral para reclamar el pago de la licencia de maternidad.

Indica que la E.P.S. Salud Total al recibir los pagos de forma extemporánea se allanó a la mora, por lo que se probó que existe una continuidad del servicio.

Decisión de segunda instancia.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla mediante fallo de fecha 16 de febrero de 2004 confirmó la sentencia proferida en primera instancia.

Sostiene el Juez de segunda instancia que la demandante solicitó el pago de la licencia de maternidad cuando ya había fenecido el período de descanso subsiguiente al parto.

Expone que en el presente caso la accionante no alegó y no probó la afectación del derecho al mínimo vital por el no pago de lo pretendido, de donde se desprende que ya superado el

período de la licencia ha podido proveerse lo necesario para ella y su hijo recién nacido, desapareciendo por ello el elemento por el cual es procedente la protección por la vía de la acción de tutela.

Significa lo anterior que la demandante tiene aún la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

* Expediente T- 952179.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla mediante sentencia de fecha 10 de diciembre de 2003 resolvió denegar por improcedente la acción de tutela.

Sostiene el Juzgado que no se probó dentro del proceso que la demandante se encuentre desempleada, por lo que no existe vulneración alguna al derecho al mínimo vital.

En la actualidad, la señora Cortés se encuentra trabajando en la empresa Barranquilla Industrial Confecciones S.A., devengando un salario que se le cancela en debida forma, por lo que no se puede hablar de que existe un perjuicio irremediable, como sí se pudo ocasionar si la accionante, teniendo derecho al pago de la licencia de maternidad, hubiese ejercitado esta acción de tutela cuando se encontraba en el período de la licencia y era necesario que se le cancelaran sus prestaciones sociales en forma inmediata para la alimentación y sustento de su menor hijo.

Impugnación.

El 19 de diciembre de 2003, la señora Cortés Maury presentó impugnación contra el fallo de primera instancia argumentando que al momento de instaurar la acción de tutela se encontraba disfrutando de la licencia de maternidad.

Indica la accionante que de las pruebas que aportó al proceso de tutela, se demuestra que en su caso se trató de un nacimiento prematuro.

Igualmente expone que las cotizaciones a salud se realizaron antes de iniciarse el embarazo,

por lo que no es aceptable lo que alega la E.P.S. demandada cuando sostiene que existieron más semanas de gestación que de cotizaciones, cuando la verdad es que durante el período de la gestación siempre se cotizó como hasta la fecha lo viene haciendo; y que otra cosa es que los 9 meses que normalmente dura el embarazo se interrumpieron por un parto prematuro.

Decisión de segunda instancia.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla mediante fallo de fecha 25 de febrero de 2004 confirmó la sentencia proferida en primera instancia.

Expone el juzgador que en el presente caso, si bien es cierto que la solicitud de tutela se hizo durante el tiempo de protección laboral, no lo es menos que para este momento la misma ha cesado y no se tiene conocimiento de que la demandante se halle desempleada, por lo que la vulneración del mínimo vital no es un hecho actual, puesto que ya desapareció la necesidad urgente de proteger mediante acción de tutela el derecho invocado.

* Expediente T- 952184.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla mediante sentencia fechada el 11 de marzo de 2004, tuteló el derecho fundamental de la demandante a la protección especial de la mujer embarazada y en lactancia, ordenando a la E.P.S. Salud Total que proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad solicitada.

Argumentó el despacho que la prestación económica derivada de la licencia de maternidad tiene por objeto permitir la manutención de la madre y el hijo recién nacido durante el período en que aquella logra restablecerse y pueda retornar a sus labores sin poner en peligro su salud, lo mismo que permitirle estar con el recién nacido durante las primeras semanas de su existencia y satisfacer las necesidades de éste.

Considera el despacho que en el presente caso es viable la protección de la demandante, puesto que se cumplió con el requisito de cotizar un período de semanas igual a la gestación,

ya que si durante ese lapso hubiera presentado mora en los aportes, inmediatamente Salud Total E.P.S. le hubiera aplicado el artículo 57 del Decreto 806 de 1998, procediendo a la suspensión de la afiliación, lo que implicaba la no prestación de la asistencia integral en salud, y contrario a ello, se encuentra que se le prestó toda la asistencia en el parto, practicándosele incluso cesárea. Luego, esto constituye un allanamiento a la mora que supuestamente registraba el empleador y no puede la entidad demandada alegar su propia omisión.

Impugnación.

El representante judicial de Salud Total E.P.S. impugnó el fallo de tutela de primera instancia argumentando que la fecha en la cual se hacía exigible el pago de la obligación por concepto de licencia de maternidad a favor de la actora, fue la misma del parto, esto es, 13 de marzo de 2003, por 84 días, es decir que, la licencia de maternidad a favor de la demandante finalizó en el mes de junio de 2003, fecha en la cual la señora Arrieta inició nuevamente su relación laboral con su empleador.

Enuncia que ya han pasado más de 8 meses desde cuando el derecho al reconocimiento económico por licencia de maternidad a favor de la accionante se hizo exigible, hecho que en todo caso genera la improcedencia de la misma, ya que el elemento de la protección inmediata del derecho ha dejado de existir.

Añade que un factor importante que torna improcedente la presente acción de tutela es que la misma solo es viable cuando es instaurada durante el término de duración del descanso por licencia de maternidad, pues, superado dicho término, se pierde cualquier tipo de vulneración al mínimo vital y a los derechos fundamentales.

Finaliza sus alegatos manifestando que en todo caso ya se canceló a favor de la señora Arrieta el valor de la licencia objeto de debate, ello, en virtud del cumplimiento del fallo de primera instancia, luego el perjuicio a esta entidad ya ha sido causado por el a-quo, en consecuencia solicita se ordene a la demandante o en su defecto a su empleador reembolsar a favor de Salud Total E.P.S. el valor que fue cancelado por concepto de la licencia de maternidad aludida.

Decisión de segunda instancia.

Mediante sentencia del 5 de mayo de 2004, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal, y en su lugar declaró improcedente el amparo solicitado por la demandante.

Manifiesta el despacho que la demandante dio a luz el 13 de marzo de 2003, por lo que su licencia de maternidad le fue expedida desde dicha fecha, hasta el 4 de junio de 2003.

Indica igualmente que sólo el 19 de febrero de 2004 solicitó mediante acción de tutela el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, cuando ya habían transcurrido más de 8 meses desde la finalización del período de descanso subsiguiente al parto.

Ahora bien, como en el presente caso, tal y como lo indicó el representante legal de la entidad demandada, en cumplimiento del fallo de tutela se produjo el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que reclamaba la actora, se faculta al ente demandado, para que ejerza los mecanismos pertinentes para la obtención del reintegro de dicho pago.

1. Pruebas relevantes reunidas en instancia.

* Expediente T-952128.

* Certificado de licencia de maternidad generada a favor de la demandante por el médico tratante, doctor Julio César Barraza. (folio 6).

* Documento de negación del reconocimiento económico por concepto de la licencia de maternidad solicitado por la demandante, expedida por Salud Total E.P.S.. (folio 7).

* Certificación de afiliación de la demandante, expedida por la E.P.S. Salud Total. (folio 8)

* Copias de los formatos de autoliquidación de aportes en salud, en donde consta que la empleadora de la demandante canceló a Salud Total E.P.S. los dineros correspondientes a los aportes en salud de la accionante, dentro del período comprendido entre marzo de 2002 hasta marzo de 2003. (folios 9 -21)

* Expediente T- 952179.

* Copia del contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre la empresa Barranquilla Industrial de Confecciones S.A. y la demandante. (folio 3).

* Copia del formulario de inscripción de la demandante en Salud Total E.P.S. (folio 4).

* Copias de los formatos de autoliquidación de aportes en salud, en donde consta que la empleadora de la demandante canceló a Salud Total E.P.S. los dineros correspondientes a los aportes en salud de la accionante, dentro del período comprendido entre febrero de 2003 hasta septiembre de 2003. (folios 5 -12).

* Copia del certificado de nacido vivo del hijo de la accionante expedido por el D.A.N.E., el día 25 de septiembre de 2003. (folio 28).

* Copia de la petición presentada por la demandante a Salud Total E.P.S. el día 8 de octubre de 2003, en donde solicita le sea cancelada la licencia de maternidad. (folio 29).

* Respuesta dada por Salud Total E.P.S. el día 28 de octubre de 2003, a la petición

presentada por la demandante. (folios 30 - 33).

* Expediente T- 952184.

* Petición presentada por la demandante el día 4 de febrero de 2004, en donde solicita a Salud Total E.P.S. se expida certificación sobre el número de semanas cotizadas. (folio 4).

* Respuesta dada por Salud Total E.P.S. el día 5 de febrero de 2004 a la petición presentada por la demandante, en donde certifica que la señora Arrieta Coba cuenta con un total de 43 semanas cotizadas al sistema de salud. (folio 5).

* Certificado de licencia de maternidad generada a favor de la demandante por el médico tratante, doctor Ricardo Acosta. (folio 6).

* Documento de negación del reconocimiento económico por concepto de la licencia de maternidad solicitado por la demandante, expedida por Salud Total E.P.S.. (folio 7).

1. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

Mediante el oficio número 387 de 2004 de fecha 16 de septiembre de 2004, la Corte Constitucional solicitó a la señora Iveth Cortes Maury (expediente T - 952179) informar si durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de ingreso como empleada a la empresa Barranquilla Industrial de Confecciones S.A. se encontraba trabajando o no.

En el evento en que la respuesta anterior fuera afirmativa, informar si era trabajadora dependiente o independiente.

En el caso de haber trabajado de forma dependiente, informar quién era su empleador y a qué Empresa Promotora de Salud se encontraba afiliada.

Por el contrario, si se encontraba como trabajadora independiente, informar si estaba o no afiliada al régimen contributivo de salud y en caso afirmativo señalar la Empresa Promotora de Salud.

Vencido el término probatorio, se allegó el día 27 de septiembre de 2004, por parte de la demandante, comunicación en donde manifestó que durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de ingreso a la empresa Barranquilla Industrial de Confecciones S.A. no trabajaba como dependiente ni como independiente y no estuvo afiliada a ninguna E.P.S.; indicó que solamente utilizaba los servicios médicos que presta el SISBEN.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

Esta Sala es competente para conocer de los fallos objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991 y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia de los casos por la Sala de Selección número Ocho del 12 de agosto de 2004.

Planteamiento del problema jurídico.

Se plantea la Corte Constitucional, de acuerdo con los hechos consignados en las demandas, si la acción de tutela resulta ser procedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad a una Empresa Promotora de Salud (EPS) cuando ésta se ha negado a cancelar dicha prestación.

La Corte para resolver el problema jurídico planteado analizará en una primera parte el derecho a la licencia de maternidad (1); para en una segunda parte referirse a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad, la oportunidad para su instauración y el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y allanamiento a la mora por parte de las Empresas Promotoras de Salud (2) y por último analizar los casos concretos (3).

1. El derecho a la licencia de maternidad es fundamental por conexidad. Reiteración de jurisprudencia.

Nuestro ordenamiento jurídico vigente consagra garantías para proteger a la mujer que se encuentra en estado de gravidez, por lo que goza de una protección constitucional reforzada durante el embarazo y después del parto (Constitución Política artículos. 1º, 13 y 43).

De la misma forma, la Carta Superior protege los derechos de los recién nacidos, los cuales según el artículo 44 constitucional prevalecen sobre los derechos de los demás.

Tratándose de la mujer en estado de embarazo existen 2 situaciones que adquieren verdadera importancia: por un lado el derecho a la licencia de maternidad y por el otro, la estabilidad laboral reforzada.

Al respecto, la sentencia T - 1013 de 20021 estableció:

(...)

A su vez, la protección a la maternidad también se desarrolla dentro de la legislación laboral interna a través de la instauración de la licencia de maternidad remunerada, prestación que tiene como objetivo que la madre esté en capacidad de asistir al recién nacido en sus primeros meses de vida, a la vez que obtiene para sí misma la recuperación física necesaria. Desde esta perspectiva, entonces, la licencia de maternidad es una prerrogativa de carácter prestacional que permite el goce efectivo de otros derechos, estos sí fundamentales, como es el caso de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y los derechos de los niños.

En definitiva, el fundamento de la protección a la maternidad y, en especial, la licencia de maternidad, posee un doble carácter: De un lado, es uno de los mecanismos que, de acuerdo al artículo 43 de la Carta y su interpretación a la luz de las normas del bloque de constitucionalidad, hace posible la igualdad de género e impide que la maternidad se torne en criterio de discriminación en contra de la mujer; y de otro, es un derecho prestacional que se hace fundamental al servir de base para el libre y adecuado ejercicio de los derechos antes mencionados.”.

Se concluye, entonces, que aunque el pago de la precitada licencia de maternidad y la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada no están consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, pueden llegar a ser considerados como derechos fundamentales por conexidad cuando concurren con un derecho que sí ostente tal calidad.

El derecho a la licencia de maternidad que se encuentra consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, pretende que la madre “cuenta con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y por la de su menor hijo en la época próxima y anterior al parto, de tal suerte que estén en las mismas condiciones en las que estarían si aquella estuviera laborando”³.

Adicionalmente a lo anterior, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 la mencionada licencia de maternidad como las prestaciones económicas de ella derivada deben ser asumidas por el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) y por las diferentes Empresas Promotoras de Salud (EPS), con cargo al fondo de solidaridad del sistema de seguridad social en salud.

Igualmente el artículo 40 parágrafo 24 del Decreto 1406 de 1995 establece que durante los períodos de vigencia de la licencia de maternidad, las afiliadas deben presentar su autoliquidación de aportes al sistema a través de su empleador por todo el tiempo que dure la licencia.

Finalmente el Decreto Reglamentario 047 de 2000 en su artículo 3º estableció los períodos mínimos de cotización para hacer viable el pago de la licencia de maternidad, estableciéndose así mismo que el precitado pago correrá por cuenta del empleador cuando se cotice un período inferior al de la gestación, o incumpla las condiciones previstas para el pago de prestaciones económicas⁶.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Oportunidad para su instauración. Pago oportuno de los aportes a la seguridad social y allanamiento a la mora por parte de las Empresas Promotoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

2.1. Como se estableció en las consideraciones precedentes, la licencia de maternidad es un derecho de naturaleza prestacional, por lo que en principio su pago, en caso de no verificarse, deberá ser solicitado a través de la justicia ordinaria mediante el proceso ejecutivo laboral, el cual se constituye como el mecanismo judicial idóneo.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha venido sosteniendo en múltiples sentencias⁷ la necesidad de proteger a la mujer en estado de gestación, dándose así cumplimiento a lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política.

Por tanto, la acción de tutela procederá excepcionalmente para reclamar el pago de la mencionada licencia, cuando el mínimo vital de la madre y del recién nacido se encuentren insatisfechos.

Cuando el derecho al mínimo vital de la madre como del recién nacido dependan de esta prestación, su pago deja de ser un tema exclusivamente legal y se torna constitucionalmente relevante.

2.2. Con anterioridad al cambio jurisprudencial que se produjo con la sentencia T - 999 de 2003, cuando se encontraba afectado el mínimo vital de la madre y del recién nacido, la acción de tutela debía ser presentada ante los jueces constitucionales dentro de los 84 días que dura la licencia de maternidad; de intentarse con posterioridad a dicho lapso de tiempo, esta Corporación sostenía que se estaba ante un perjuicio ya causado, por lo que la protección no podía proceder.

El cambio jurisprudencial referido señaló que el plazo de la licencia de maternidad, es decir 84 días, como requisito para instaurar la acción de tutela, se convirtió en un formalismo utilizado indebidamente por las Empresas Promotoras de Salud, que muchas veces hacía nugatoria la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, así como la del recién nacido. Por lo anterior, la Corte extendió aquel tiempo, haciendo viable la protección constitucional durante el primer año de vida del menor.

La sentencia T - 999 de 2003 estableció:

“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.”

Se concluye entonces que a partir de la precitada sentencia T - 999 de 2003, cuando se esté afectando el mínimo vital de la madre y del recién nacido, se podrá instaurar la acción de tutela dentro del primer año de vida del menor; a contrario sensu, si la protección se solicita con posterioridad a dicho término, el juez de tutela deberá rechazar la solicitud por improcedente, pues se considera que la madre no necesitó de dicha licencia⁸.

2.3. De acuerdo con lo consagrado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, los empleadores dentro de sus deberes legales deben pagar cumplidamente los aportes que les corresponden y girarlos oportunamente a las diferentes E. P. S. en donde están afiliados sus trabajadores.

En relación con la obligación del empleador de pagar y girar oportunamente los dineros a las distintas E.P.S.. esta Corporación en reciente fallo sostuvo:

“Cuando el empleador omite uno cualquiera de estos deberes, en principio, tiene la

obligación de asumir los costos de la seguridad social y la Entidad Promotora de Salud a su turno, tendrá derecho a esgrimir la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligada a satisfacer las prestaciones debidas (Arts. 79, 80 y 81 del Decreto 806 de 1998; art. 1609 del Código Civil)”⁹.

Así mismo y con el propósito de evitar la evasión de los recursos que nutren el sistema de seguridad social en salud, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1406 de 1999 el cual reguló el del Registro Único de Aportantes, al igual que las fechas en que los distintos integrantes del mencionado sistema deben realizar los respectivos aportes.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido argumentando que la sola mora en el pago de las cotizaciones no genera ipso facto el traslado de la responsabilidad al empleador en relación con el pago de la licencia de maternidad. En efecto, cuando las cotizaciones se han efectuado ininterrumpidamente aunque fuera de la fecha límite de pago conforme a las normas reglamentarias, o cuando se ha omitido el pago de alguna cotización durante el período exigido y la E.P.S. ha hecho caso omiso de ello, esta Corporación¹⁰ ha sostenido que se produce el fenómeno del allanamiento a la mora.

El allanamiento a la mora¹¹ castiga la inactividad y negligencia de las E.P.S. para cobrar efectivamente lo que se les adeuda; es por eso que tales entidades no pueden negarse a reconocer y cancelar las licencias de maternidad en dichas circunstancias, afectando con tal proceder el mínimo vital de la madre y el recién nacido.¹²

1. Los casos concretos.

Debe la Corte entrar a determinar en los casos concretos, si la negativa por parte de Salud Total E.P.S., Seccional Barranquilla, de pagar a las demandantes los dineros correspondientes a las licencias de maternidad, goza de respaldo constitucional, o si, por el contrario, dicha conducta vulnera los derechos fundamentales invocados por las accionantes.

* Expediente T - 952128.

Como se desprende de las pruebas obrantes dentro del expediente, en el presente caso, la señora Inés Bustamante Moreno instauró acción de tutela el día 23 de octubre de 2003, (folios 1 - 5 cuaderno 2) y su parto se produjo el 14 de abril de 2003.

La E.P.S. demandada argumentó en la contestación de la acción de tutela, (folios 41 - 48 cuaderno 2) que no era viable el pago de la licencia de maternidad, puesto que no fueron efectuados por su empleador al menos 4 pagos oportunos durante los últimos 6 meses anteriores a la concreción del derecho, es decir, la fecha del parto.

Aplicando los criterios jurisprudenciales señalados en las consideraciones generales del presente fallo, esta Corporación concluye que aunque el empleador de la demandante efectuó, en algunos meses, los pagos de las cotizaciones por fuera del término que las normas reglamentarias prevén, la entidad demandada los recibió, configurándose así un allanamiento a la mora.

En este caso, la demandante tiene el derecho a percibir el pago de la licencia de maternidad que reclama, aunque algunas cotizaciones hayan sido canceladas en forma extemporánea, puesto que la mora se encuentra saneada, ya que la E.P.S. demandada recibió tales cotizaciones sin efectuar objeción alguna.

Negar el pago de la presente licencia de maternidad, sería favorecer la negligencia de la propia E.P.S. en el cobro de las respectivas cotizaciones, es por eso que “no enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa de la entidad accionada en reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital”¹³.

En lo referente a la oportunidad de la instauración de la acción de tutela, esta Corporación observa que la accionante presentó la solicitud de amparo dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, estando conforme dicha situación con la nueva posición jurisprudencial surgida a partir de la ya citada sentencia T - 999 de 2003.

Por los anteriores motivos se revocará la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla, y en su lugar, se concederá el amparo constitucional invocado por la actora.

* Expediente 952179.

Arguye la señora Cortés Maury que la E.P.S. demandada no accedió al pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el lapso de tiempo que duró su gestación. (folio 1).

Indica la demandante que tuvo un parto prematuro producto de un período de gestación de entre 35 y 36 semanas, según informe ecográfico rendido por la clínica la Merced de Barranquilla. (folio 24).

Por su parte Salud Total E.P.S. manifestó que la accionante al momento de iniciarse el descanso derivado de la licencia de maternidad solamente tenía cotizadas 26 semanas, por lo que el pago por parte de la E.P.S. de la mencionada prestación es improcedente. (folio 30).

Verificadas las autoliquidaciones del pago de aportes efectuado por el empleador de la demandante (folios 5 - 12), esta Sala encuentra que la señora Cortés Maury fue afiliada al sistema general de seguridad social en salud el día 17 de febrero de 2003; igualmente y de acuerdo con el certificado de nacido vivo del hijo de la accionante (folio 28), se observa que el alumbramiento tuvo lugar el día 25 de septiembre de 2003.

En este orden de ideas, se constató que la demandante al momento de su prematuro parto (entre 35 y 36 semanas de gestación), tenía cotizadas un número de 31 semanas y 5 días.

Por tanto, esta Sala de revisión considera que la tutela no está llamada a prosperar, puesto que está demostrado que la demandante no cumplió con el requisito legal de cotizar durante todo el lapso de tiempo de duración del embarazo.

A pesar de que el parto de la señora Cortés Maury fuera prematuro, para que la E.P.S. se hubiera visto obligada al pago de la licencia de maternidad, la demandante debió cotizar durante las 35 semanas que duró la gestación, situación que no se presentó, por lo que Salud Total E.P.S. no vulneró los derechos fundamentales alegados.

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación confirmará la sentencia de segunda instancia

dictada el día 25 de febrero de 2004 por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla, que negó el amparo solicitado por la demandante.

* Expediente 952184.

En el presente caso y de acuerdo con las pruebas obrantes dentro del expediente, se tiene que la señora Nereili Arrieta Coba se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud a través de Salud Total E.P.S. desde el día 1 de septiembre de 2002. (folio 15).

Así mismo y de acuerdo con el certificado expedido por el médico tratante (folio 6), la fecha de inicio de la licencia de maternidad de la accionante es el día 13 de marzo de 2003, fecha del parto, luego de un período de 38 semanas de gestación.

Igualmente dentro del expediente se encuentra que la demandante presentó petición el día 4 de febrero de 2004 ante Salud Total E.P.S., con el objeto de que se le informara el número de semanas cotizadas. (folio 4).

La E.P.S. Salud Total el día 5 de febrero de 2004 dio contestación a la precitada petición sosteniendo “que a la fecha cuenta con un total de 43 semanas, en calidad de cotizante dependiente del empleador BELLEZA NATURAL ESCUELA DE ESTÉTICA, siendo el estado actual de su afiliación el de Activo”. (folio 5).

Se debe aclarar que, no obstante que la accionante tenía a 5 de febrero de 2004 un número de 43 semanas de cotización en salud, durante su período de gestación, que duró 38 semanas y finalizó el día 13 de marzo de 2003, la señora Arrieta Coba sólo cotizó 28 semanas. Este tiempo es insuficiente para que le sea reconocida la prestación económica de la licencia de maternidad por parte de la E.P.S. demandada.

De acuerdo con las normas que regulan lo referente a los períodos de cotización para el reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad¹⁴, se establece que la afiliada debió cotizar un período igual al de gestación, situación que en este caso no sucedió.

En estas condiciones está plenamente probado que la demandante no cumplió con el

requisito del período mínimo de cotización previsto por las normas legales y reglamentarias para tener el derecho al pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, por lo que esta Sala considera que la negativa por parte de la E.P.S. Salud Total a realizar dicho pago no vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla, que revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla y declaró improcedente el amparo solicitado por la demandante.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el día dieciséis (16) de febrero de 2004 por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla en la acción de tutela iniciada por la señora Inés Bustamante Moreno contra Salud Total E.P.S. (expediente T-952128). En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado, en los términos expresados en la parte motiva de esta sentencia.

En consecuencia, ORDENAR a Salud Total E.P.S. que, si aún no lo hubiere hecho, proceda en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, a cancelar a la señora Inés Bustamante Moreno la prestación económica derivada de la licencia de maternidad.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia el día veinticinco (25) de febrero de 2004 por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla, en la acción de tutela iniciada por Iveth Cortés Maury contra Salud Total E.P.S. (expediente T - 952179), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Octavo (8) Penal Municipal de la ciudad de Barranquilla que negó la tutela solicitada por la demandante.

Tercero. CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia el día cinco (5) de mayo de 2004 por el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito de Barranquilla, en la acción de tutela

iniciada por la señora Nereili Arrieta Coba contra Salud Total E.P.S. (expediente T-952184), que revocó el fallo proferido por el Juzgado Tercero (3) Penal Municipal de la ciudad de Barranquilla que accedió a las pretensiones de la demandante.

Cuarto. LÍBRESE por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 Aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

3 Ver sentencia T - 304 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

4 El artículo 40 - PAR. 2° del Decreto 1406 de 1999 establece: “Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar su autoliquidación de aportes al sistema a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.”

5 Por medio del Decreto 1406 de 1999 se creó el régimen de recaudación de aportes que financian el sistema integral de seguridad social.

6 El artículo 3 del Decreto 047 de 2000 estableció: 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.

7 Ver las sentencias T - 175 de 1999, T - 210 de 1999, T - 362 de 1999, T - 1168 de 2000, T - 075 de 2001, T - 736 de 2001, T - 996 de 2002, T - 773 de 2002 y T - 389 de 2004, entre otras.

8 En el mismo sentido se puede ver la sentencia T - 236 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

9 Sentencia T - 389 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

10 Sentencia Ibídem.

11 Sobre el tema del allanamiento a la mora se pueden consultar las sentencias T - 765 de 2000, T - 473 de 2001, T - 221 de 2002, T - 553 de 2003 y 931 de 2003, entre otras.

12 En la sentencia T - 1224 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis, la Corte sostuvo 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”.

13 Sentencia T - 999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería.

14 Artículos 63 del Decreto 806 de 1998 y artículo 3 del Decreto 047 de 2000