

Sentencia T-1297/05

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas para que proceda el pago por tutela/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por allanamiento a la mora por EPS/ LICENCIA DE MATERNIDAD-Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela

Referencia: expediente T-1177421

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Sesenta y Cinco (65) Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Lucenid Góngora Rodríguez contra la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

La señora Lucenid Góngora Rodríguez interpuso acción de tutela contra la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital. De la solicitud presentada y la declaración rendida ante el Juzgado Sesenta y Cinco (65) Civil Municipal de Bogotá la Corte destaca los siguientes

#### 1. Hechos

a. La señora Lucenid Góngora es cotizante dependiente, afiliada a la EPS FAMISANAR

Seccional Bogotá, desde el 23 de agosto de 2002.

a. El 15 de enero de 2005 nació su hijo en las instalaciones de la Clínica Cafam de Bogotá, tal y como consta en el “certificado de nacido vivo A6086773”.

a. Mediante incapacidad médica, de fecha 16 de enero de 2005, expedida en la Clínica Cafam, se le otorgó licencia de maternidad por el término de 84 días.

a. Por medio de comunicación, de fecha 23 de febrero de 2005, la EPS accionada negó a la señora Lucenid Góngora el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por haber cotizado al SGSSS extemporáneamente.

a. La accionante es soltera, tiene tres hijos menores de edad, trabaja en una ferretería en la que aduce que devenga menos de un salario mínimo legal mensual vigente, no posee propiedades y vive en arriendo mediante el pago de un canon de arrendamiento de aproximadamente 300.000 pesos mensuales, el cual es pagado por el padre de los menores.

a. Según las manifestaciones hechas por la señora Lucenid Góngora, la no cancelación de la licencia de maternidad ha implicado que aquella haya tenido que solicitar préstamos y endeudarse con su familia.

a. Asevera que las cotizaciones al SGSSS fueron inoportunas porque su empleadora se encuentra mal económicamente, no obstante, siempre ha aportado de manera ininterrumpida.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá que de manera inmediata le reconozca y pague la licencia de maternidad.

## 2. Respuestas de los entes demandados

Manifiesta que la señora Lucenid Góngora Rodríguez se encuentra afiliada a la EPS accionada, en el Régimen Contributivo, en calidad de cotizante desde el 23 de agosto de 2002.

Sostiene que en el presente caso y por medio de esta acción de tutela no se puede reconocer el pago de la licencia de maternidad, porque no se cumplen los requisitos mínimos contemplados por la ley para adquirir dicho derecho, como son los establecidos en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, en el artículo 20 del Decreto 1406 de 1999 y en el artículo 3° del Decreto 047 de 2000.

En efecto, la señora Lucenid “realizó pagos extemporáneos e interrumpidos durante el tiempo de su gestación, tal y como consta en el histórico de compensación que se anexa al presente, incumpliendo de ésta forma lo reglado en la normatividad vigente”, lo anterior si se tiene en cuenta que el último dígito del documento de identificación de la señora Lucenid Góngora es el uno, C.C. 52106871, debiendo pagar los aportes de conformidad con el artículo 20 del Decreto 1406 de 1999 el 4° día hábil de cada mes. En consecuencia, es el empleador el que debe pagar la licencia de maternidad por haber incurrido en mora en el pago de las cotizaciones de la accionante.

Así mismo, afirma que no existe amenaza de ningún derecho fundamental, ya que, lo que se pretende es “el reconocimiento de una suma de dinero causada con ocasión del parto, lo cual conforme lo establece el decreto reglamentario de tutela, (1291 de 1991) escapa al amparo constitucional, sin dejar de reiterar que no adquirió el derecho solicitado”.

En este orden de ideas, expresa que la solicitud hecha por la accionante dirigida a obtener por parte de la EPS FAMISANAR el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, es una pretensión de carácter económico que “únicamente sería válida en el evento de demostrarse afectación del mínimo vital” situación que en presente caso no se configura al haber “transcurrido más de seis meses desde la causación del derecho”.

Agrega que la EPS FAMISANAR no ha incurrido en allanamiento a la mora por haber recibido los aportes de forma extemporánea, porque a quien se adeudan los aportes es al “Sistema y no a la EPS como tal, pues ésta sólo tiene la función de administrar los recursos para la prestación del servicio de salud, y le corresponde al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- reconocer y autorizar el pago de las licencias”.

Finalmente, aduce que la EPS accionada ha cumplido su obligación de brindar a la señora Lucenid y a su hijo recién nacido los servicios de salud “contando con toda la atención médica que brinda el Plan Obligatorio de Salud a través de la EPS Famisanar, de tal forma que en el momento en que lo requieran puede hacer uso de todos los servicios de salud, siempre y cuando el servicio se encuentre incluido en el plan de beneficios autorizado para el Plan Obligatorio de Salud, por tal motivo no hay vulneración de derechos a la salud, la vida y a la seguridad social”.

Alba Valderrama de Peña, representante del Ministerio de la Protección Social ante las autoridades judiciales y administrativas, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela contra el citado ministerio, toda vez que la tutela no es la vía para solicitar el pago de una licencia de maternidad.

Así mismo, trae a colación el literal h del artículo 61 de la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, correspondiendo al “Señor Ministro, ejercer como superior inmediato de los superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al respectivo ministerio, esto es, del orden nacional”.

En consecuencia, afirma que no le corresponde al Ministerio de la Protección Social -FOSYGA- ejercer las veces de superior inmediato sobre personas diferentes a las señaladas en la citada norma.

### 3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

\* Fotocopia del carné de la EPS FAMISANAR, en el que se observa que la accionante está

afiliada como cotizante a dicha EPS en la categoría A, desde el 23 de agosto de 2002 (folio 1 cuaderno original).

\* Fotocopia de la Licencia de Maternidad expedida, por la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá, a nombre de la señora Lucenid Góngora Rodríguez, cotizante dependiente, en la que se consigna que los 84 días de incapacidad iniciaron el 15 de enero de 2005 y terminaron el 8 de abril de 2005 (folio 6 cuaderno original).

\* Fotocopia del certificado de Nacido Vivo, expedido el 15 de enero de 2005 en la ciudad de Bogotá, en el que se deja constancia que en dicha fecha nació el hijo de la señora Lucenid Góngora (Folio 7 cuaderno original).

\* Fotocopia de un documento expedido por la EPS FAMISANAR “Histórico Compensación” en el que se contemplan los periodos cotizados por la señora Lucenid Góngora al SGSSS (folios 26 cuaderno original).

\* Informe sobre la capacidad económica de la señora Lucenid Góngora, en el que se contempla que “NO posee información de cuentas corrientes, tarjetas de crédito y cartera total, no posee información de endeudamiento global en Datacrédito, SI reporta Obligación abierta vigente Ahorro MEGABANCO, (...) no posee vehículo, no reporta cámara de comercio”. Así mismo la Oficina de Instrumentos Públicos de la zona Norte Centro y Sur informa que la actora no posee matrícula inmobiliaria (Folio 44 cuaderno original).

## II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Sesenta y Cinco (65) Civil Municipal de Bogotá, que en providencia del quince (15) de julio de 2005 denegó el amparo solicitado al considerar que el mínimo vital de la señora Lucenid Góngora y el de su bebé no estuvo ni está en peligro,

pues, “ha contado con los recursos para manejar su estilo de vida, recursos representados en la ayuda que le brindó su familia y el padre de sus hijos, y actualmente con el salario que está devengado en su trabajo” el cual es de aproximadamente 300 mil pesos mensuales.

En consecuencia, manifiesta que la señora Lucenid Góngora puede acudir ante los jueces ordinarios para que se establezca a quién le corresponde efectuar el pago de la licencia de maternidad.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problemas jurídicos

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar (i) si la decisión de la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá, en el sentido de negarse a pagar la licencia de maternidad bajo el argumento de haber cancelado la accionante, como cotizante dependiente, los aportes a salud extemporáneamente, vulnera o no los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital de la señora Lucenid Góngora Rodríguez y de su hijo de 9 meses de edad; y por último ( ii ) se establecerá a quien le corresponde asumir el pago de la citada prestación económica, es decir, si al empleador o por el contrario a la EPS FAMISANAR.

Para efectos de resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala abordará el asunto atinente a la naturaleza de la licencia de maternidad, el “Allanamiento a la mora”, y para finalizar, la oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Abordados estos asuntos, entrará a determinar si la señora Lucenid Góngora Rodríguez tiene o no derecho al amparo solicitado.

#### 3. Naturaleza de la licencia de maternidad

El artículo 43 Superior establece que durante el embarazo y después del parto la mujer

gozará de especial atención y protección del Estado. La Constitución, además, protege a las madres con el propósito de salvaguardar a los niños, cuyos derechos, según expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (Art. 44 de la Constitución Política)

Es evidente que la mujer en el momento del parto y durante el periodo posterior al mismo, requiere de la protección especial mencionada, toda vez que su capacidad física y laboral se ve disminuida notablemente.

Por lo anterior, el legislador dispuso la creación de una prestación económica tendiente a proteger la maternidad, consagrada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, norma modificada por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, denominada licencia de maternidad, la cual consiste en que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto y remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Sobre la finalidad de la licencia de maternidad, esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, consideró que dicha prestación económica tiene por propósito reconocer y pagar a favor de la madre, un descanso que le permita “recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.”<sup>1</sup>

Así mismo, la Corte en sentencia T-559 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto “permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida”.<sup>2</sup>

De igual forma, en sentencia T-664 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo que la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

“el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades

básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa”.

Así pues, una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la licencia remunerada, la cual además de ser una prestación económica definida en la ley, hace parte del mínimo vital, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral. La finalidad de la licencia es proveer un descanso remunerado a la mamá en la época del parto y con posterioridad al mismo, para que se recupere físicamente y pueda atender sus necesidades básicas y las del recién nacido en las mismas condiciones que si se encontrara laborando, para lo cual es necesario que cuente con medios económicos.<sup>4</sup>

Teniendo en cuenta que éste derecho es una prerrogativa de orden legal, en principio, deberá discutirse ante la jurisdicción ordinaria laboral, no obstante, la Corte ha considerado<sup>5</sup> que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales de la madre y del menor, en particular el de una vida en condiciones dignas, cuando el valor que se percibe por éste concepto durante el período de licencia constituye su único sustento.

Al respecto, esta Corporación a través de múltiples providencias<sup>6</sup> ha previsto la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que el otro mecanismo judicial con que cuenta la madre (acción ordinaria laboral) no resultaría eficaz o idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su hijo.

Las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad, fueron recogidas en sentencia T- 1014 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, en los siguientes términos, a saber:

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

susceptible de protección por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02).

b. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).

c. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

d. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02 y T-996/02).

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo. (T-999/03).”

De lo anterior se infiere que la licencia de maternidad a pesar de ser una prestación de orden legal, puede ordenarse su pago por vía de tutela cuando su no reconocimiento vulnere la calidad de vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de la madre e hijo. Además, el amparo procede también cuando se configure el “Allanamiento a la mora” y se interponga dentro del año siguiente al nacimiento como se tratará más adelante.

4. Allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia

Dentro de las obligaciones que tienen los empleadores está contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad en Salud -SGSSS- mediante acciones como girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la respectiva EPS. De lo anterior, depende el pago de la licencia de maternidad, que en principio, le corresponde cancelar a la respectiva EPS, salvo que el empleador haya incurrido en mora en las cotizaciones al SGSSS y las mismas sean rechazadas por dicha circunstancia, situación que conlleva a que éste último deba pagarla.

La Corte ha establecido que en aquellos casos la EPS debe dar cumplimiento a su obligación de pagar la licencia de maternidad a la afiliada y prestar todos los servicios médicos que requiera.

Esta Corporación ha sostenido que si los pagos realizados fueron extemporáneos y la EPS aceptó la mora, es decir, no alegó al momento del pago del aporte aquella situación, ésta última no puede argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos se aplica la figura del “Allanamiento a la mora”.

Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el fenómeno del “Allanamiento a la mora”. En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos)<sup>9</sup>.

Sobre el particular, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, concerniente al reconocimiento y pago de incapacidades y licencias, dispone que “Los empleadores o trabajadores independientes y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (i) Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. (...) Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante (4) meses de los (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho”. (Subrayado fuera de

texto)

Por su parte el Decreto 1406 de 1999, artículo 20, establece los plazos para el pago de aportes por parte del empleador, así:

“Los grandes aportantes efectuarán el pago correspondiente y entregarán la declaración de autoliquidación de aportes, en los sitios determinados por las entidades administradoras, dentro del mes calendario siguiente a cada período laborado y a más tardar en las fechas señaladas a continuación.

Último dígito del NIT o C.C.	Vencimiento
1 y 2	4° día hábil
3 y 4	5° día hábil
5 y 6	6° día hábil
7 y 8	7° día hábil
9 y 0	8° día hábil”

Así mismo el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 47 de 200010 establece que para acceder al pago de la licencia de maternidad la trabajadora en calidad de cotizante debe 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”.

En virtud de lo anterior, se concluye que en el sistema de seguridad social en salud las causales para la procedencia del reconocimiento de la licencia de maternidad consisten principalmente en la afirmación del estado de embarazo de una mujer y en el pago de cotizaciones ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de acuerdo con los siguientes supuestos: (i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho; (iv) no

encontrarse en mora en dicho momento.

5. Oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, modificó la jurisprudencia sobre la oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

En dicha providencia esta Corporación sostuvo que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondientes al término legal de su licencia, se convirtieron con el paso del tiempo en un formalismo para la protección efectiva de una “cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.”

Además de lo anterior, una de las razones que dio pie para modificar el término para solicitar el pago de la licencia de maternidad, según el anterior fallo, fue la demora con la que las empresas promotoras de salud respondían las peticiones de las madres, lo que llevaba a aquellas 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”.

Por ende, aquella Sala concluyó que el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como lo venía aceptando jurisprudencialmente esta Corporación, lo anterior por las siguientes razones:

“Lo primero que debemos advertir es que el plazo no puede ser tan perentorio que haga irrito o nugatorio el derecho que ya se tiene.

El plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

Observa la Corte que se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad.

No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la progenitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84”.

Por los citados argumentos, los 84 días exigidos con anterioridad para interponer la acción de tutela y solicitar el pago de la licencia, se tornaron en un formalismo que no garantizaba los derechos fundamentales de la madre ni del recién nacido, sin olvidar que en la mayoría de los casos las mamás no podían interponer la acción de tutela a tiempo por culpa de las EPS que se demoraban al dar respuesta a sus peticiones. Por ende, el plazo para reclamar el pago de la licencia de maternidad por medio de la acción de tutela cuando su no pago afecta la vida digna, la salud, la seguridad social y el mínimo vital de la madre y del recién nacido es de un año de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política.

## 6. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñados, procede esta Sala a determinar si la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Lucenid Góngora Rodríguez y de su hijo, al negarse a pagar la licencia de maternidad, bajo el argumento de no haber cotizado oportunamente al SGSSS.

Como se dejó dicho, por vía de tutela se puede ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad siempre y cuando su no pago vulnere la calidad de vida y el mínimo vital de la madre e hijo.

De los hechos narrados por la accionante y de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa que es una madre trabajadora dependiente, la cual devenga menos del salario

mínimo legal mensual vigente, tiene tres hijos menores de edad, no posee propiedades, ni cuentas corrientes y vive en arriendo.

La señora Lucenid declara que, por la negativa de la EPS FAMISANAR de pagar la licencia de maternidad, tuvo que solicitar préstamos (folio 44) y endeudarse con su familia para poder solventar sus necesidades básicas y las de su hijo durante la licencia, pues no cuenta con otros medios económicos para subsistir.

Por su parte, el ente accionado manifiesta que la pretensión de la señora Lucenid es de carácter económico, únicamente válida si se afectará el mínimo vital de la accionante.

En este orden de ideas, la Sala infiere que la EPS FAMISANAR no desvirtúa la afirmación hecha por la demandante de no contar con medios económicos diferentes a su salario para poder vivir dignamente, pues, la simple enunciación de que no se vulnera el “mínimo vital por haber transcurrido más de seis meses desde la causación del derecho” no es suficiente si se tiene en cuenta que el hijo de la señora Lucenid tiene 9 meses de edad y que el artículo 50 de la Constitución Política manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

Por otra parte, entre los requisitos para tener derecho al pago de la licencia de maternidad se encuentra haber cotizado ininterrumpidamente y de manera completa durante el año anterior a la fecha de la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, así como en todo el periodo de gestación. Además, los citados aportes deben haberse efectuado “en forma oportuna por los menos cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la causación del derecho”.

De las pruebas obrantes, la Sala observa que el nacimiento del menor tuvo ocurrencia el 15 de enero de 2005 según consta en el Certificado de Nacido Vivo (folio 7) y en la fotocopia de la licencia de maternidad expedida por la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá a nombre de la señora Lucenid Góngora Rodríguez (folio 6).

A folio 1 la Sala advierte que la señora Lucenid Góngora Rodríguez se encuentra afiliada a la EPS accionada desde el 23 de agosto de 2002. Así mismo, se aprecia (folio 26) que la accionante como cotizante dependiente aportó al SGSSS desde el 1º de agosto de 2002 hasta el 1º de mayo de 2005 de manera ininterrumpida y completa.

De lo anterior se infiere que la señora Lucenid Góngora Rodríguez cotizó continuamente e integralmente al SGSSS en el año inmediatamente anterior al nacimiento de su hijo y en consecuencia y bajo las mencionadas condiciones durante el periodo de gestación.

Con relación a la negativa de la EPS FAMISANAR de pagar la licencia de maternidad (folio 10) por haber cotizado la señora Lucenid Góngora, cotizante dependiente, al SGSSS de manera extemporánea e interrumpida “durante el tiempo de su gestación, tal y como consta en el histórico de compensación”, la Sala observa, a folio 26, que la actora canceló de forma completa sus aportes a salud en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2004 y en el mes de enero de 2005, sin embargo, las cotizaciones efectuadas en los cuatro meses anteriores a la fecha de nacimiento del menor, 15 de enero de 2005, fueron inoportunas.

En este orden de ideas, en principio podría pensarse que a la EPS accionada le asiste razón de negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por no realizarse los aportes a salud de forma oportuna por lo menos “cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la causación del derecho”. Sin embargo, de los hechos se concluye que la EPS FAMISANAR se allanó a la mora del empleador de la accionante, pues si bien se incumplió la obligación legal de pagar a tiempo al sistema de seguridad social en salud, el ente accionado recibió los aportes a pesar de haber sido cancelados de manera extemporánea. Además, es importante recordar que las entidades promotoras de salud son las que están obligadas a autorizar y pagar las licencias maternidad, y por consiguiente, no pueden eludir dicha obligación bajo la excusa de que los pagos fueron inoportunos, cuando se han allanado a la mora del cotizante al recibirlos, sin haber hecho uso de los medios legales para hacer exigible la obligación.

Por lo tanto, la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá es la entidad obligada a realizar el pago de la licencia de maternidad, ya que, si bien el empleador de la señora Lucenid Góngora canceló los aportes en forma extemporánea, los pagos fueron aceptados en esas condiciones por dicha EPS, configurándose la figura del “allanamiento a la mora”.

Por último y en lo atinente con la oportunidad para interponer la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad, la Sala aprecia que aquella fue admitida el 1º de julio de 2005 (folio 9) y el hijo de la señora Lucenid Góngora Rodríguez nació el 15 de

enero del presente año, por ende, entre la admisión de la presente acción y el nacimiento del menor no transcurrieron más de 6 meses, por lo tanto y de conformidad con la jurisprudencia citada, la demandante planteó el presente caso ante el juez de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital de la señora Lucenid Góngora Rodríguez. En consecuencia se concederá la tutela interpuesta ordenando a la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho pague a la señora Lucenid Góngora Rodríguez la licencia de maternidad que se causo el 15 de enero de 2005.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Sesenta y Cinco (65) Civil Municipal de Bogotá y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y al mínimo vital de la señora Lucenid Góngora Rodríguez.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS FAMISANAR Seccional Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho pague a la señora Lucenid Góngora Rodríguez la licencia de maternidad que se causo el 15 de enero de 2005.

TERCERO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-743 A de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero y T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Ver sentencia T- 640 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

3 En este sentido se pueden consultar las sentencias T-101 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño, reiterada por la sentencia T-118 de 2003.

4 Sentencia T-791 y T-1020 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Sentencia T-584 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

6 Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-075, T-157, T-161, T-473, T-572, T-736 y T-1224 de 2001, y las T-791 y T-1020 de 2005.

7 Numeral 8 del artículo 172 Ley 100 de 1993.

8 Sentencias T-791 y T-1020 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

9 Sentencia T-636 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.

10 “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”