

Sentencia T-158/01

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

MADRE COMUNITARIA-Vinculación a régimen subsidiado con normatividad anterior/MADRE COMUNITARIA-Vinculación a régimen contributivo con normatividad posterior

A partir de la Ley 100 de 1993, las madres comunitarias fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas. Posteriormente, a partir del 3 de agosto de 1999, fecha en la que entra en vigencia la Ley 509 de 1999, las madres comunitarias se vinculan al sistema en el régimen contributivo, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo. No obstante, también se obligan al pago de una cotización mensual.”

LICENCIA DE MATERNIDAD-Cotización de periodo igual al de gestación para tener derecho al pago

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Responsabilidad patronal en relación con licencia de maternidad

Referencia: expediente T-380765

Acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Angulo Arboleda contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Tumaco.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Bogotá, D.C., febrero doce (12) de dos mil uno (2001)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados RODRIGO ESCOBAR GIL, ALVARO TAFUR GALVIS y FABIO MORON DIAZ, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Segundo Penal Municipal y Primero Penal del Circuito de Tumaco, dentro de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana MARTHA CECILIA ANGULO ARBOLEDA contra el I.S.S. Seccional Tumaco.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Aduce la peticionaria que se vienen desempeñando como madre comunitaria FAMI, vinculada a la Asociación “Los Rosales”, perteneciente al Programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y actualmente ejerce su labor en el Corregimiento de la Guayacana, Municipio de Tumaco.

Precisa que desde el 30 de enero de 1997 se encuentra afiliada al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES en salud, aduce igualmente que el día 25 de diciembre de 1999 dio a luz una niña, mediante parto normal, en el Hospital San Andrés de Tumaco, por cuenta del I.S.S, expone que a pesar de que el I.S.S. le expidió la incapacidad No. 165407 del 27 de diciembre de 1999, en el mes de marzo le notificaron que la incapacidad no le sería cancelada porque el I.C.B.F. no estaba al día con el pago de los aportes.

La accionante se siente discriminada, ya que como madre comunitaria no devenga sueldo y vive en unas condiciones socioeconómicas críticas.

Mediante auto calendado el trece de junio del año 2000 se asumió el conocimiento de esta acción pública y se dispuso imprimirle el trámite preferencial y sumario de que trata el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991.

Pruebas

Por su parte el I.S.S. intervino en el expediente de la referencia a través del Representante Legal de la Seccional demandada, mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2000, en el cual

expresó:

“En oficio No. 848 fechado 14 de junio de 2000, su Despacho informa a la Gerente del ISS Seccional Nariño, sobre la admisión al trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Martha Cecilia Angulo Arboleda contra el I.S.S.

El Departamento de Afiliación y Registro Seccional Nariño, en oficio SN DC 0373 de 15 de junio de 2000, certifica que la señora Martha Cecilia Angulo Arboleda, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27.513.106 reporta pagos desde el ciclo 9704 hasta el ciclo 2000, con interrupción en el ciclo 9811 donde pierde la continuidad, por lo tanto solo cotiza 30 semanas.

Por su parte, el señor Gerente de CAA Tumaco, en su oficio fechado 16 de junio de 2000 manifiesta que: “la señora Martha Cecilia Angulo Arboleda se encuentra afiliada al ISS por la Asociación ‘Los Rosales’, Patronal 800085390 desde el 30 de enero de 1997 en virtud del Decreto 509-99 que establece un régimen especial a las madres comunitarias para acceder al régimen contributivo en salud.

‘Según Decreto 806 de abril 30-98, artículo 63, dice que para obtener derecho al pago de licencia por maternidad debe haber cotizado un período igual al de gestación o sea 36 semanas y en memorando 4549 de septiembre 10-99 emanado de la vicepresidencia de ISS al punto 6º dice ‘para el pago de incapacidades o licencias de maternidad a madres comunitarias se contará como la semana cero, el primer pago al ISS como aportante’.

‘En el caso de la señora Angulo Arboleda, empezó a cotizar como aportante en el mes de octubre de 1999, completando hasta la fecha del parto, diciembre 25-99 un período total de 12 semanas’. (folios 7 y 8 del expediente).

2. Las Sentencias Objeto de Revisión

2.1. La Primera Instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Tumaco, mediante providencia de fecha 23 de junio de 2000, resolvió conceder la tutela invocada, con fundamento en los siguientes argumentos:

“Examinado el material probatorio arrojado al informativo, se tiene que a las madres comunitarias, como la accionante, no le es aplicable el artículo 80 del decreto 806 de 1998, debido precisamente a que ellas no estaban obligadas a hacer aportes en salud con anterioridad a la vigencia de la ley 509 de julio 30 de 1999, y no estaban obligadas porque tales aportes eran subsidiados por el Gobierno Nacional, al respecto establece el numeral 2º, literal A del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que las madres comunitarias deben afiliarse al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin embargo el Consejo Nacional de Seguridad Social mediante el acuerdo 017 de 1995, autorizó al Instituto de Seguros Sociales para continuar ofreciendo el POS a las madres comunitarias ya a los desmovilizados hasta que se reglamente el Régimen Subsidiado, con cargo a las transferencias del IVA social efectuadas hasta la vigencia de 1994, por lo tanto esta afiliación tiene efectos de acuerdo con los parámetros económicos citados. Esos recursos fueron precisamente los de la ley 6ª de 1992, dineros que conforme a lo expuesto por el Director General del ICBF, JUAN MANUEL URRUTIA VALENZUELA no ingresaron al presupuesto del ICBF sino que el Ministerio de Hacienda hacía la transferencia al ISS directamente. Como esos recursos se agotaron y el Ministerio de Hacienda no continuó haciendo la transferencia se dio aplicación a lo expuesto en el concepto jurídico del 13 de abril de 1999, proferido por la Directora Jurídica Nacional del I.S.S., que dispone: “En conclusión deberá comunicarse a las madres comunitarias que a partir del primero de mayo de 1999 quedará suspendida la afiliación y por ende la prestación de servicios, por cuanto que el ICBF no ha cancelado desde hace más de seis meses las cotizaciones correspondientes, para lo cual deberán tener en cuenta que de acuerdo con el literal a) del artículo 58 ibídem (decreto 806 de 1998) dispone que cuando han transcurrido seis meses continuos de suspensión de la afiliación operará la desafiliación automática del Sistema de Seguridad Social”. Pero fíjese que la misma oficina jurídica a renglón seguido hace la siguiente advertencia: ‘No obstante lo anterior y por las implicaciones de carácter social de esta determinación, aconsejamos prevenir con anterioridad al ICBF, al Ministerio de Salud y a la Superintendencia nacional de Salud, con el fin de que estas instituciones adopten las medidas necesarias de protección de este grupo de la población tan importante para la vida nacional’.

”

“De otra parte no comparte este despacho la afirmación de que la licencia de maternidad implique un mero derecho patrimonial y que cuando se desconoce se estaría atentando

contra el derecho de propiedad. Es cierto que la licencia de maternidad significa el pago de un dinero, pero eso no es todo, porque por la época en que se causa, período de puerperio y porque con su satisfacción permite asegurar un ingreso básico a la madre y su recién nacido, que temporalmente se separe de su trabajo para dedicarle su tiempo al contacto con su hijo y para que el hijo y su madre establezcan losos afectivos que serán definitivos para el posterior desarrollo afectivo del mismo. Decir que es un derecho puramente patrimonial es quitarle la finalidad altruista, solidaria y de protección familiar que tiene tal institución.

"

"Finalmente debe advertirse que la madre accionante se encuentra en una situación apremiante debido a que tiene a su cargo cuatro hijos menores, convive con NORMA MARINO PRECIADO, el mismo que es jornalero y no puede hacerse cargo exclusivamente de las obligaciones del hogar, en esas circunstancias y por encontrarse en etapa postparto en la cual la madre debe dedicar la mayor cantidad de tiempo al cuidado de la menor, hace inferir que esta tutela debe prosperar para al menos garantizarle a la actora su mínimo vital, bajo el entendido que esta persona requiere por lo menos un ingreso equivalente al salario mínimo legal para poder subsistir en condiciones dignas."

2.2. La Impugnación

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, el Gerente Administrativo del I.S.S. Seccional Nariño, impugnó la decisión judicial anterior, con los mismos argumentos con los que intervino en la primera instancia.

2.3. La Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, mediante providencia de 25 de julio de 2000, decidió confirmar la Sentencia recurrida con fundamento en los siguientes razonamientos.

En efecto, el ad-quem sostuvo:

"puede ser cierto, que el ICBF no obstante la calidad de empleador y, por lo tanto, no esté en la obligación de cotizar ante el ISS en salud, en los términos generales que establece la Ley 1000 de 1993, pero la verdad es que las madres comunitarias recibían un trato diferente, y a

partir de la Ley 509 de 1999, entraron a gozar de una 'categoría especial de afiliación' dentro del régimen contributivo que obliga al Estado -patrón por intermedio del ICBF, cumplir con el artículo 43 de la Constitución y al ISS, prestar sus servicios en salud a más de 80.000 madres comunitarias que cumplan las exigencias de dicha ley.

De acuerdo con los criterios esbozados por la Corte Constitucional, en el evento de mora patronal en los pagos de los aportes a la seguridad social, las empresas promotoras de salud son las llamadas a velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los empleadores y '....deberán actuar con toda energía, eficiencia y prontitud para que los traslados correspondientes a las cotizaciones obrero-patronales, se realicen de manera oportuna'.

Esto significa, que es al ISS a quien correspondía iniciar las acciones pertinentes ante las autoridades competentes, exigiendo el traslado del IVA social y de los aportes al ICBF, y no a la actora como lo pretende el ente accionados, o en su defecto, le correspondería, promover el debate jurídico para deslindar de una vez por todas, si el ICBF tiene o no la obligación de cotizar en salud ante el ISS y asumir el pago de licencias por maternidad a las madres comunitarias.

...”.

1. El problema Jurídico

La actora, en su condición de madre comunitaria interpone acción de tutela para exigir el pago de la licencia de maternidad. La E.P.S. negó la prestación económica, por cuanto no se produjo la transferencia de los recursos que financian la seguridad social en salud de las “madres comunitarias”. Los jueces de instancia concedieron la pretensión con base en dos argumentos: De un lado, que la tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad. De otra parte, porque el I.S.S. vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria en virtud de la vigencia de la Ley 509 de 1999.

A la luz de los antecedentes expuestos, la Sala deberá resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, tratará de aclarar si, como lo afirman los jueces de instancia, la acción de tutela es procedente para exigir el pago de la licencia de maternidad y si en segundo término precisar si el I.S.S. está obligado a reconocer el pago de la licencia de maternidad a las

madres comunitarias. Para ello, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

2. Cuestión preliminar

La Corte debe advertir que por Auto del 30 de enero de 2001, se ordenó por parte de esta Sala, desacumular el expediente de la referencia para ser fallado a través de una sentencia judicial de fondo independiente, como quiera que la Sala de Selección Número Once (11) del 3 de noviembre del 2000 ordenó su acumulación para ser decidido en una misma sentencia de fondo, con el expediente T-382998, por presentar unidad de materia.

No obstante lo anterior, una vez cotejado el contenido de los expedientes referidos, observó esta Sala de Revisión, que los mismos no guardan identidad de causa ni de materia, pues si bien es cierto en ambos expedientes el tema de fondo de carácter judicial lo constituye la licencia de maternidad, ambas acciones judiciales tienen como propósito el reconocimiento y pago de la prestación social, cada caso en concreto presenta circunstancias de hecho y de derecho diferentes, que deben ser resueltos en forma independiente, toda vez el juez de tutela debe abordar y valorar elementos probatorios diversos.

3. Procedencia excepcional de la tutela para el cobro de la licencia de maternidad.

En cuanto al tema que ocupa a la Sala, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, excepcionalmente, procede la tutela para efectos de aplicar las normas constitucionales que protegen a la mujer gestante y a su hijo. Al respecto, es oportuno reiterar una sentencia reciente de esta misma Sala que sintetizó la doctrina constitucional en relación con este tema. Allí se dijo:

“a) Si bien el artículo 43 de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental por conexidad con otros derechos como la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebe. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieren categoría ius fundamental. Sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999.

b) El derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando

su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido. Sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999,

c) En virtud de lo anterior, el pago de la prestación económica debe discutirse ante la jurisdicción ordinaria competente, salvo si existe afectación del mínimo vital, en cuyo caso, adquiere competencia la jurisdicción constitucional. Sentencias T-139 de 1999, T-210 de 1999.

d) En aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital. Sentencia T-270 de 1997, T-567 de 1997”¹

Como se observa en los antecedentes de esta sentencia, la actora manifiesta que requiere el pago de la licencia de maternidad, como quiera que se encuentra en una situación económica bastante precaria. Además, consta en el expediente (folio 4) que, a partir de septiembre de 1999, la actora cotiza con base en su salario de \$112.121, por lo que constituye un indicio de afectación del mínimo vital, el hecho de que la accionante devenga un ingreso inferior al salario mínimo² legalmente autorizado.

Por lo tanto, la Sala considera que la ausencia de pago de la prestación solicitada por la actora vulnera el mínimo vital, lo cual autoriza a la jurisdicción constitucional a conocer el presente caso. Por consiguiente, la Sala entra a resolver el segundo problema jurídico.

El pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho a la cancelación de la licencia de maternidad por la EPS

En reciente fallo³, esta misma Sala resolvió una acción de tutela similar a la que ahora estudia, por lo que reitera esa posición. Esa providencia dijo:

“El sistema general de seguridad social en salud en Colombia, prevé dos tipos de afiliación permanente al mismo. En primer lugar, el régimen contributivo, del cual hacen parte las personas que tienen capacidad de pago, esto es, quienes se encuentran vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los jubilados y los trabajadores independientes. Para adquirir los derechos del sistema, estas personas asumen la primera y principal obligación: pagar un porcentaje de sus ingresos, que se denomina

cotización. Los afiliados al régimen contributivo adquieren los derechos a la atención en salud en urgencias, los que señala el POS, y al reconocimiento de las prestaciones económicas señaladas en la ley.

En segundo lugar, son beneficiarios del régimen subsidiado, las personas más pobres y vulnerables del país, por lo que el pago de la cotización será subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad que señalan las disposiciones correspondientes (art. 221 Ley 100 de 1993). Este régimen tiene como único propósito financiar la atención en salud de los grupos familiares de quienes no tienen capacidad de cotizar. Pero, no debe olvidarse que, aún en este régimen, la transferencia de la cotización a la EPS es determinante para garantizar la eficiencia y equilibrio del sistema.

Por la prestación de los servicios, además del pago de una beca, las madres comunitarias se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, el cual es financiado con los recursos del IVA social (literal g. art. 221 Ley 100 de 1993). Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 509 de 1999 señaló que “las madres comunitarias del programa hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se harán acreedoras a título personal a las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993”. Así mismo, la ley en mención señaló que la vinculación al régimen contributivo será financiada por un aporte mensual, el cual corresponderá a las madres comunitarias, en un 8% de la bonificación, y al Fondo de Solidaridad y Garantía, de acuerdo con lo señalado en los artículos 3º y 4º de la Ley 509 de 1999. El monto de la cotización será recaudada por las organizaciones que administran el programa hogares de bienestar, quienes también se obligan a transferir los recursos a la EPS.

7. De todo lo anterior se colige que, a partir de la Ley 100 de 1993, las madres comunitarias fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas. Posteriormente, a partir del 3 de agosto de 1999, fecha en la que entra en vigencia la Ley 509 de 1999, las madres comunitarias se vinculan al sistema en el régimen contributivo, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo. No obstante, también se obligan al pago de una cotización mensual.”

Pues bien, en el asunto sub examine, se observa claramente que el I.S.S. expidió certificado de licencia de maternidad No. 16504, el día 27 de diciembre de 1999 (folio 3) a la peticionaria, bajo la vigencia de la Ley 509 de 1999, que entró a regir el día 3 de agosto de 1999, estatuto legal que vinculó a las madres al sistema de salud en el régimen contributivo, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan las mujeres afiliadas al régimen contributivo. No obstante, observa la Corte que la peticionaria Martha Cecilia Angulo Arboleda, en su condición de madre comunitaria, si bien se encuentra vinculada al I.S.S. a través de la Asociación de Padres de Familia “Los Rosales”, también lo es que el decreto 806 de 1998, artículo 63, dispone que debe haber cotizado un período igual al de la gestación o sea 36 semanas y la demandante empezó a cotizar apenas en el mes de octubre de 1999 (folios 6, 7, y 8 expediente), cumpliendo hasta la fecha del parto (25 de diciembre de 1999), 12 semanas.

Por lo tanto, le asiste razón a la E.P.S. cuando negó el pago de la prestación derivada de la maternidad, como quiera que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la Ley, pues el pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho a la cancelación de la licencia de maternidad por la E.P.S., tal como esta Corte lo ha señalado en multitud de ocasiones⁵.

Con base en las anteriores consideraciones, en esta oportunidad la Sala revocará las decisiones de instancia, en cuanto concedieron la tutela de la referencia. Sin embargo, estima la Sala que si bien las madres comunitarias no estaban obligadas a cotizar periódicamente al sistema, en virtud de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el I.C.B.F. si estaba obligado a cancelar de los recursos del IVA social, la financiación del programa de asistencia en salud, para las madres comunitarias, recursos que deberán entregarse a la E.P.S. del I.S.S. En consecuencia, en criterio de la Sala, la demandante puede acudir a la justicia ordinaria para que, luego del debido proceso pertinente, el juez laboral determine la responsabilidad patronal que le corresponde asumir al I.C.B.F., en relación con la licencia de maternidad de las personas contratadas para trabajar en los Hogares Comunitarios administrados directamente por el I.C.B.F. o a través de las Asociaciones o Juntas Administradoras de los mismos.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las Sentencias de fecha julio 25 del 2000 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, que a su vez, confirmó la Sentencia de fecha junio 23 del 2000 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tumaco.

Segundo.- NEGAR la tutela de los derechos a la seguridad social y al pago de la licencia de maternidad de la señora Martha Cecilia Angulo Arboleda, dentro de la acción de tutela promovida contra el I.S.S. Seccional Tumaco, Nariño, por las razones aquí expuestas.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en 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.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-765 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-241 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Sentencia T-978 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

4 La naturaleza jurídica del vínculo en comento fue decida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU-224 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara, la cual reitera la sentencia T-269 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía

5 Sentencias T-241 de 2000; T-978 de 2000; SU-224 de 1998; T-269 de 1995; T-1117 de 2000 y T-108 de 2000.