

Sentencia T-202/06

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales para la procedencia de tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Ampliación del término al primer año de vida del niño para presentar la tutela

Referencia: expediente T-1277951

Accionante: Gina Jullieth Hincapié Vásquez

Demandado: COMFENALCO EPS.

Magistrado Ponente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra –quien la preside, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Vigésimo Tercero Civil Municipal de Medellín, el día dieciséis de septiembre de 2005, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez, contra COMFENALCO EPS y Fabio Roldán Herrera.

### I- ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día cinco (5) de septiembre de 2005, la señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, los derechos de los niños, la maternidad y la igualdad, presuntamente vulnerados por la negativa de COMFENALCO E.P.S de reconocerle el pago de su licencia de maternidad.

## 1. Hechos relatados por la accionante

La señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez manifestó que cuenta con 24 años de edad, es madre cabeza de familia y se encuentra afiliada en la EPS COMFENALCO en el régimen contributivo.

Sostiene que el día 2 de febrero de 2005 dio a luz a su bebé con 37 semanas de gestación y cuando se encontraba cumpliendo los tres meses de licencia reclamó ante la entidad accionada el pago de la licencia de maternidad la cual le fue negada con el argumento de que incurrió en mora en los pagos de los aportes a la salud.

La accionante afirma que cuenta con las pruebas que demuestran que realizó los aportes en salud, las cuales allega con el escrito de tutela, y que los motivos que aduce la entidad demandada para la negación de la licencia de maternidad, sólo son un pretexto para no cancelar dicha prestación.

Señala que al no contar con el pago de la licencia de maternidad se vio en la necesidad de realizar préstamos para poder mantenerse durante ese tiempo.

## 2. Fundamentos de la acción y pretensiones

La accionante considera que COMFENALCO EPS, le está vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, los derechos de los niños, la maternidad y la igualdad, al no reconocer y cancelar la licencia de maternidad a la que tiene derecho. En consecuencia, solicita al juez de tutela se ordene a la entidad demandada el pago de dicha

prestación.

### 3. Respuesta de COMFENALCO ANTIOQUIA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Mediante escrito del día nueve (9) de septiembre de 2005, la entidad demandada sostuvo que la tutela debe declararse improcedente por cuanto no ha vulnerado a la accionante derecho fundamental alguno.

Afirma la entidad mencionada que la accionante se encuentra afiliada a la EPS COMFENALCO en calidad de cotizante desde el 25 de marzo de 1999, con un ingreso base de liquidación de \$381.500 y que no es que el empleador de la demandante no haya realizado los pagos al SGSSS, sino que los hizo después de las fechas establecidas por la ley para ello, esto es, después del día 6 de cada mes, cuando la norma es clara al precisar que los pagos deben realizarse hasta el día sexto de cada mes, razón por la cual es el empleador quien deberá pagar dicha prestación de acuerdo a lo establecido en la ley.

Agrega dicha entidad que la petición del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad fue interpuesta extemporáneamente, puesto que la solicitud la presentó cuatro meses después de haber cumplido la misma, omitiendo los lineamientos señalados en la jurisprudencia constitucional respecto al presupuesto de la inmediatez.

### 4. Pruebas que obran en el expediente.

1. Formularios de autoliquidación de aportes correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2004 y de enero a agosto de 2005.

2. Respuesta de la EPS COMFENALCO al señor Fabio León Roldán Herrera del 9 de junio de 2005, en donde le informa que la demandante no tiene derecho a la licencia de maternidad por cuanto los aportes no cubren el período de gestación, puesto que en su historia clínica aparece que la prueba de embarazo está registrada el 22 de junio de 2004 fecha en la cual no había iniciado los aportes puesto que los mismos los empezó a pagar en junio 11 de 2004. Además afirma en dicho escrito que los aportes debieron realizarse el quinto día hábil de cada mes.

3. Escrito del 23 de agosto de 2005 dirigido a la señora María Pubenza Restrepo Escobar en donde la Coordinadora de Procesos Administrativos EPS le informa que los aportes fueron efectuados inoportunamente, puesto que los mismos debieron realizarse hasta el séptimo día de cada mes.

4. Ampliación de la acción de tutela en donde la accionante afirma que se encuentra afiliada a COMFENALCO desde hace 4 años y que cotizó durante todo el tiempo de gestación.

## II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

### 1. Sentencia de única instancia

En fallo proferido el día dieciséis (16) de septiembre de 2005, el Juzgado Vigésimo Tercero Civil Municipal de Medellín, decidió negar el amparo al derecho fundamental invocado por la

demandante.

A tal decisión llegó el mencionado Despacho Judicial después de hacer un análisis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad, al tiempo que hizo referencia a la sentencia T-774 de 2000 en relación con la especial protección otorgada por el Estado a la mujer embarazada.

Sostuvo luego que el derecho a la licencia de maternidad alcanza relevancia constitucional cuando su vulneración amenaza o afecta el mínimo vital de la madre y del recién nacido, según jurisprudencia de la Corte Constitucional y que en el presente caso no aparece prueba que demuestre que se haya vulnerado el mínimo vital de la accionante por cuanto como la misma demandante lo afirma, la licencia de maternidad fue gestionada tres meses después de haber dado a luz, cuando ya el perjuicio había pasado, razón por la cual deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar sus derechos.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si a la señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez se le ha vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital, por la negativa de COMFENALCO EPS de reconocer y pagar su licencia de maternidad, con fundamento en que los aportes al sistema de salud se efectuaron en forma extemporánea.

Con el propósito de desarrollar y resolver el problema jurídico planteado, esta sentencia de reiteración de jurisprudencia tendrá la siguiente estructura:

Inicialmente se hará alusión a la protección especial que la Constitución Nacional brinda a cierto grupo de personas que se encuentran en particular situación de indefensión entre las cuales se encuentra la mujer en estado de embarazo y su derecho a la licencia de maternidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Posteriormente, la Sala se referirá a las reglas jurisprudenciales que declaran la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de manera excepcional.

Seguidamente, la Sala señalará el criterio de la Corte, respecto a la oportunidad que tiene la madre para presentar la acción de tutela con el fin de reclamar el derecho a la licencia de maternidad.

A continuación, la Corte se referirá a los casos en que se aplica la figura del allanamiento a la mora, cuando la Entidad Promotora de Salud acepta la mora en el pago de los aportes en

salud por parte del empleador.

Finalmente, teniendo en cuenta las reglas reiteradas se procederá a resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto.

#### IV. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

##### 1. La licencia de maternidad y su protección constitucional.

La Constitución Política, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionalmente establecidos, reconoce la existencia de grupos sociales destinatarios de una protección especial, entre los cuales se encuentra la mujer en estado de embarazo, que por esta circunstancia se hace acreedora a la especial asistencia y protección estatal<sup>1</sup> y puede invocar, para la efectividad de la misma, la intervención del juez constitucional por vía de tutela<sup>2</sup>.

La licencia de maternidad es una de las formas a través de las cuales se materializa el mandato constitucional contenido en el artículo 43 de la Carta, de acuerdo con el cual, el Estado tiene la responsabilidad de velar por la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, protección especial que no solamente encuentra fundamento en la disposición constitucional referida, sino también en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia<sup>3</sup> y en la protección que nuestra Constitución establece en favor de los niños, ya que se protege a la madre con el propósito de proteger a los menores, cuyos derechos, según expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (C. P. art. 44).

La licencia de maternidad, entendida como el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo, tiene por objeto permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, físico emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida.

La Jurisprudencia Constitucional ha sostenido de manera reiterada que, por tratarse de una prestación de contenido económico, el pago efectivo de la licencia de maternidad debe lograrse mediante las acciones ordinarias ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, bajo circunstancias específicas, es posible que haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela, cuando su desconocimiento amenaza derechos fundamentales de la madre o del recién nacido.

En ese sentido la Corte señaló en sentencia T-999 de 20034, que en estos casos existe una protección doblemente reforzada, ya que concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, los cuales forman una unidad mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo).

Del mismo modo en Sentencia T-397 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se reitera la posición de la Corte en el sentido de que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad involucra la garantía de varios derechos fundamentales.

Al efecto se señaló lo siguiente:

“Es por estas razones que esta Corporación ha manifestado en repetidas oportunidades que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad para las madres que acaban de dar a luz y que reúnen los requisitos para acceder a ella, involucra la garantía de varios derechos de carácter fundamental, en tanto la licencia tiene la función de garantizar (1) la igualdad efectiva de los sexos, (2) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las mujeres, (3) el derecho al mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido, (4) el derecho de los niños a recibir cuidado y protección especial por parte del Estado, la sociedad y la familia - dado que la licencia busca que la madre pueda permanecer un tiempo considerable al lado de su hijo recién nacido para brindarle los cuidados especiales que requiere durante sus primeros días de vida - y (5) la protección especial que se debe brindar a la familia como institución básica de la sociedad.<sup>5</sup>

Sin embargo, en vista de que el reconocimiento y pago de la licencia depende del lleno de una serie de requisitos legales, las controversias que se presenten al respecto deben, en principio, ser resueltas por la jurisdicción laboral. No obstante, en casos excepcionales, cuando se acredita que el no pago de la licencia conlleva un perjuicio irremediable tanto para la trabajadora como para el recién nacido, por ejemplo, por el grave riesgo que se genera sobre su derecho al mínimo vital, la acción de tutela resulta procedente.<sup>6</sup>”

En reciente jurisprudencia mediante Sentencia T-682 de 2005 (M.P Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte Constitucional concedió el amparo a los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, protección a la mujer embarazada en conexidad con el derecho al mínimo vital de una accionante y ordenó al Seguro Social reconocer y pagar la licencia de maternidad que había sido negada por dicha entidad con el argumento de que la demandante realizó las cotizaciones de manera extemporánea.

En la mencionada sentencia el Juez de Menores de Valledupar había negado la tutela instaurada por considerar que la demandante y su patrona hicieron las cotizaciones por fuera de los términos legales considerando que la patrona de la demandante es a quien le corresponde pagar la licencia de maternidad y para el cobro de la misma la demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es una prestación económica, su exigibilidad por medio de la acción de tutela se circunscribe únicamente a aquellos eventos en los que su desconocimiento amenaza también uno o varios derechos fundamentales del menor o de la madre.

2. Las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido para la procedencia de una acción de tutela dirigida al pago de una licencia de maternidad

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-355 de 2005 (M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil) reiteró la jurisprudencia según la cual se establecieron ciertas reglas que permiten determinar la idoneidad de la mencionada acción en el caso concreto, definidas en la sentencia T-641 de 2004, en los siguientes términos:

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).

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).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

f. De conformidad con el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, esta Corporación ha precisado que como requisito para el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, es necesario que la afiliada haya cotizado, como mínimo, durante la totalidad del periodo de gestación.<sup>7</sup>

En consecuencia, es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando a la madre y al niño se les están vulnerado sus derechos fundamentales.

3. Oportunidad para presentar la acción de tutela con el fin de obtener el pago de la licencia de maternidad.

La Corte Constitucional mantuvo una tesis según la cual la oportunidad para reclamar el pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, coincidía con el término de vigencia de la licencia, esto es, durante los 84 días posteriores al parto. No obstante, mediante la Sentencia T-999 de 2003, con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, se proyectó un cambio de jurisprudencia en cuanto al término oportuno para reclamar por vía de tutela el pago de la licencia de maternidad, que a partir de entonces es de un (1) año, equivalente al primer año de vida del hijo cuya madre reclama la prestación. El fundamento de esa decisión, ente otros, fue el siguiente:

A juicio de esta Sala, se justificó mantener el anterior criterio por cuanto se consideraba que el reclamo del pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, exigía un término razonable en aquellos casos en los cuales ésta se negaba por parte de la E.P.S. respectiva. Dentro del término de los 84 días de la licencia, dijo la Corte, el derecho a la licencia de maternidad, adquiere el carácter de derecho fundamental susceptible de protección constitucional, por cuanto se presume que la madre necesita el pago de lo que constituiría su salario, para poder atender las contingencias del parto y los cuidados del menor recién nacido.

Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable 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.

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.....”.

Dando alcance a dicha jurisprudencia, la Corte mediante Sentencia T-397 de 2005( M.P Marco Gerardo Monroy Cabra) ordenó a SALUDCOOP EPS reconocer y pagar a la accionante la licencia de maternidad, puesto que su reclamación se llevó a cabo dentro del primer año de vida del recién nacido.

#### 4. Allanamiento a la mora en el pago de las cotizaciones.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido, de manera reiterada, que el reconocimiento del auxilio por maternidad por parte de la Empresa Promotora de Salud (E.P.S) depende del cumplimiento en el pago de los aportes que el empleador haya efectuado, por lo que si el mismo no ha cancelado las cotizaciones correspondientes deberá asumir personalmente el pago de la licencia y quedará exenta la E.P.S. de dicha obligación.

Con relación al régimen de seguridad social en salud y las obligaciones de los empleadores dentro del mismo, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Las obligaciones legales de los empleadores respecto de este punto pueden sintetizarse en: inscribir a sus empleados en una empresa promotora de salud, pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores y girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la E.P.S. (Art. 161 Ley 100 de 1993).

Cuando el empleador omite uno 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 obligado a satisfacer las prestaciones pactadas (Arts. 79, 80, 81 del Decreto 806 de 1998; art. 1609 del Código Civil).” 8 (subraya fuera de texto).

Sin embargo, ésta Corporación también ha establecido que si la Entidad Prestadora de Salud no alegó al momento del pago de los aportes que los mismos fueron realizados por el empleador de manera extemporánea, no puede posteriormente 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”.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento la Sentencia T-559 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte se refirió al tema en los siguientes términos:

“Deberá reiterarse, que las entidades promotoras de salud no pueden negar las prestaciones causadas debidamente a favor de los trabajadores beneficiarios, cuando se han allanado a la presunta mora del empleador, toda vez, que una actitud omisiva en el requerimiento al causante de la misma, no puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.9

Lo anterior no solamente es aplicable en el caso de que sea el empleador quien realice las

cotizaciones de forma tardía, sino también cuando estamos frente a un trabajador independiente, ya que se parte del mismo supuesto, concretamente, con esto se busca la protección efectiva de los derechos de la madre y del recién nacido durante sus primeras semanas de vida en desarrollo del mandato constitucional.

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-790 de 2005 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra) reiteró la jurisprudencia según la cual la EPS no puede en un futuro argumentar que los pagos se hicieron extemporáneamente para negar el reconocimiento del auxilio de maternidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Al efecto señaló lo siguiente:

“Sin embargo, existen eventos en los que el empleador ha efectuado aportes extemporáneos al Sistema, es decir, por fuera de las fechas límite que establecen las normas que regulan la materia, no obstante lo cual, las Entidades Promotoras de Salud aceptan estos pagos, lo que implica que se acepta la mora porque no se alegó al momento de efectuar el aporte. Lo anterior tiene como consecuencia que la Entidad Prestadora de Salud no puede, en el futuro, argumentar que se hicieron pagos extemporáneos para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad, ya que en estos casos ha operado el fenómeno del “allanamiento a la mora”, que ha dado origen a varios pronunciamientos de la Corte<sup>10</sup>.

Por ejemplo, en la sentencia T- 1224/01, la Corte sostuvo:

“Deberá reiterarse, que las entidades promotoras de salud no pueden negar las prestaciones causadas debidamente a favor de los trabajadores beneficiarios, cuando se han allanado a la presunta mora del empleador, toda vez, que una actitud omisiva en el requerimiento al causante de la misma, no puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.<sup>11</sup>

En reciente jurisprudencia la Corte Constitucional mediante sentencia T- 788 DE 2005 (M.P Alvaro Tafur Gálvis) concedió la tutela a una accionante y ordenó a Salud Total EPS a pagar la licencia de maternidad solicitada.

Al efecto señaló lo siguiente.

“Dentro de este contexto, la Sala concluye que de conformidad con la posición adoptada por esta Corporación en múltiples fallos<sup>12</sup>, en los cuales frente a situaciones fácticas similares a la que hoy se estudia, se ordenó el pago de las respectivas licencias de maternidad, cuando las entidades obligadas a reconocer y pagar la licencia de maternidad se allanaron a la mora del empleador al recibir en forma extemporánea las cotizaciones, sin utilizar los medios legales que tenían a su alcance para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá y en su lugar se concederá la protección invocada de los derechos de la señora Martha Irene Molina Segura.”

Así las cosas, cuando las entidades promotoras de salud han omitido requerir al empleador y han consentido la mora en el pago de las cotizaciones, no les es dable a las mismas oponerse al reconocimiento de la licencia de maternidad, puesto que en estos casos es aplicable el allanamiento a la mora, de acuerdo a los lineamientos de la Corte Constitucional.

## 5. Responsables del pago de la licencia de maternidad

El responsable por el pago de la licencia de maternidad es la Empresa Promotora de Salud (E.P.S), con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. Sin embargo, si el empleador no realizó el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud o si éstos fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica

Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la E.P.S correspondiente, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia de maternidad.

## EL CASO CONCRETO

Aplicando las reglas jurisprudenciales referidas a la presente acción de tutela, las conclusiones que se obtienen son las siguientes:

Primero. A pesar de que la licencia de maternidad es, en principio, un derecho de carácter prestacional, en este caso, resulta susceptible de protección mediante la acción de tutela,

por cuanto se encuentra en conexidad con el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante y de su hijo, tal y como lo afirmó la peticionaria en su demanda al manifestar: “SOY MADRE CABEZA DE FAMILIA PUES EL PADRE DE MI BEBE NO RESPONDE POR EL Y DEBIDO A LA NECESIDAD Y A LA NEGATIVA DE LA EPS TUVE QUE REALIZAR PRESTAMOS PARA PODER MANTENERME DURANTE ESTE TIEMPO”

Por lo tanto, en cuanto dicha afirmación no fue controvertida, presume la Corte que la satisfacción del mínimo vital, tanto de la accionante como de su hijo, dependen del pago de la licencia de maternidad que además en el presente caso corresponde al salario mínimo legal.

Segundo. En cuanto a la obligación legal del patrono de cancelar los aportes en salud dentro de los términos legales, en el caso objeto de revisión se tiene que según información suministrada por la entidad demandada COMFENALCO EPS el 9 de septiembre de 2005, “La accionante se encuentra afiliada a la EPS COMFENALCO Antioquia, en calidad de cotizante desde el 25 de marzo de 1999, con un ingreso base de liquidación de \$381.500, tiempo durante el cual ha tenido constante atención y posibilidad de acceso a las prestaciones asistenciales y económicas que tiene según el Plan de Beneficios del Plan Obligatorio de Salud, régimen contributivo.” Además, según información suministrada por la accionante en ratificación y ampliación de tutela rendida ante el Juzgado Vigésimo Tercero Civil Municipal de Medellín el día ocho de septiembre de 2005: “Yo siempre he sido cotizante, y siempre he estado en la E.P.S. COMFENALCO hace más de cuatro años.-Desafortunadamente cambie de empleador, y entonces como el señor no estaba afiliado a esa E.P.S había que esperar a que se afiliara, y la tramitología que ponen o exigen en esa E.P.S fue la que retardó la afiliación del empleador....”

De acuerdo a las pruebas allegadas con el escrito de tutela se tiene que la demandante allegó formularios de autoliquidación de aportes a salud realizados a la EPS COMFENALCO correspondientes a los siguientes períodos:

-julio 9 de 2004, agosto 5 de 2004, septiembre 10 de 2004, octubre 11 de 2004, noviembre 9 de 2004, diciembre 10 de 2004.

- enero 12 de 2005, febrero 4 de 2005, marzo de 2005, abril 8 de 2005, mayo 11 de 2005, junio 14 de 2005 julio 7 de 2005 y agosto 8 de 2005.

De lo anterior se concluye que la demandante hizo los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud de forma ininterrumpida, a través de la EPS COMFENALCO a la cual se encuentra vinculada, durante todo el tiempo de gestación. Si bien hizo tales aportes por fuera de los términos legales, la EPS COMFENALCO no presentó oposición alguna, limitándose a recibir las cotizaciones correspondientes, y alegando la mora sólo al momento en que la demandante reclamó dicha prestación. En esos términos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, entiende la Corte que se produce el fenómeno jurídico del allanamiento a la mora, razón por la cual no le era dable a la EPS oponerse al reconocimiento de la licencia de maternidad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Cuarto. Respecto a la obligación de la afiliada de cotizar durante la totalidad del período de gestación, dicho requisito se encuentra cumplido. Ciertamente, considerando que la actora cotizó en los períodos julio de 2004 a agosto de 2005 y que dio a luz el 2 de febrero de 2005, es claro que se cotizó durante todo el periodo de gestación y que no presentó interrupción alguna como lo reconoce la entidad demandada cuando afirma que "...lo que sucede con el caso particular de la accionante no es que su empleador no haya realizado los pagos al SGSSS, sino que los hizo después de las fechas establecidas por la ley para ello, esto es, después del día 6 de cada mes, cuando la norma es clara al precisar que los pagos deben realizarse hasta el día sexto de cada mes".

En los términos expuestos, la situación de la actora se ajusta a los presupuestos trazados por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela, por lo cual debe accederse al amparo reclamado, teniendo en cuenta que la razón de fondo que aduce la accionada para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, cual es la del pago extemporáneo de las cotizaciones, carece de fundamento, pues de acuerdo con la jurisprudencia, la mujer tiene derecho a percibir el pago correspondiente a su licencia de maternidad, así las cotizaciones hayan sido pagadas fuera del término legal cuando éstas son recibidas por la entidad.

En este caso además, está probado que la entidad demandada no hizo ningún requerimiento al respecto puesto que, sólo después de interpuesta la acción de tutela, adujo que las cotizaciones habían sido canceladas de manera extemporánea.

Lo anterior permite concluir que el juez de instancia debió conceder el amparo invocado por la actora, por cuanto se vulneró su derecho fundamental al mínimo vital, teniendo en cuenta que el monto de la licencia de maternidad se constituye en su salario durante la época posterior al parto y que la entidad demandada se abstuvo de realizar el pago desconociendo sus derechos y los de su hijo.

Finalmente, y en atención a las consideraciones de la sentencia de instancia para negar el amparo deprecado, relativa a la existencia de otra vía judicial para lograr el pago de la licencia de maternidad, se reitera el principio del derecho al pago oportuno de la licencia de maternidad, que se traduce en que la titular de tal derecho, no tenga que someter su reclamo a un proceso ordinario, por regla general dispendioso y oneroso, el cual no le permite obtener oportunamente el pago de la prestación debida, para atender a satisfacción las necesidades básicas de la madre y su hijo durante el período del post- parto.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental de la peticionaria; y se revocarán la sentencia revisada y, en su lugar, se ordenará a COMFENALCO EPS reconocer y pagar la licencia de maternidad de la accionante Gina Jullieth Hincapié Vásquez.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez y su menor hijo y en consecuencia, REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Vigésimo Tercero Civil Municipal de Medellín el dieciséis de septiembre de 2005 por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a COMFENALCO EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la señora Gina Jullieth Hincapié Vásquez.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-739/98 M.P. Hernando Herrera Vergara

2 Cfr. Entre otras, T-192/98; T-093 y 139 de 1999.

3 En vía de ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

4 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Renteria.

5 Ver al respecto la Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

6 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Sentencia T-467/00. M.P. Álvaro Tafur Gálvis, Sentencia T-624/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia T-271 de 2004. M.P. Jaime Araujo Renteria

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

10 Sobre el particular existen múltiples pronunciamientos, pero en especial hay que tener en cuenta la sentencia T-059/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero que ha servido como base.

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

12 Cfr. entre otras las sentencias T-211 y 707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-664 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-844 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-880 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-885 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.