

Sentencia T-271/05

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando se está ante el mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para solicitar pago dentro del año siguiente al nacimiento del niño

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

Referencia: expediente T-1007865

Acción de tutela instaurada por María Clara Castillo Peña contra COMPENSAR EPS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Noveno Civil Municipal y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por María Clara Castillo Peña contra COMPENSAR EPS.

I. ANTECEDENTES

La Sala Número Once de la Corte Constitucional, mediante auto del diecinueve (19) de noviembre de 2004, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

La señora María Clara Castillo Peña instauró acción de tutela contra COMPENSAR EPS, para

que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, la salud, “la maternidad” y la seguridad social, previstos en los artículos 11, 43, 48 y 49 de la Constitución Política, toda vez que dicha entidad se niega a pagarle la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

1. La demanda de tutela

La accionante sustenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1. El 16 de diciembre de 2003, entró a disfrutar la licencia de maternidad por el nacimiento de su hijo Juan Felipe Rueda Castillo, y su empleadora Escuela Normal Superior Nuestra Señora de la Paz, tramitó ante COMPENSAR EPS una solicitud para obtener su reconocimiento y pago.

1.2. COMPENSAR EPS devolvió la solicitud aduciendo que la entidad empleadora canceló los aportes extemporáneamente, dado que el pago del mes de julio de 2003 debía hacerse el 9 y se hizo el 11 del mismo mes, y los pagos de los meses de septiembre y octubre de 2003 debían hacerse el día 9 y se hicieron el 10 siguiente.

1.3. La Rectora de la Escuela Normal Superior Nuestra Señora de la Paz, se dirigió en diversas ocasiones a COMPENSAR EPS, con el fin de explicar que un simple atraso de 1 ó 2 días a lo sumo, en los pagos que efectuó la entidad empleadora, no tenía porque afectar el reconocimiento y pago de la prestación económica a la que tiene derecho por ley la tutelante.

1.4. Con la negativa de la entidad accionada a reconocer y pagar la licencia de maternidad, se le está afectando su derecho al mínimo vital, toda vez que no cuenta con ningún ingreso económico para satisfacer las necesidades básicas de su núcleo familiar.

2. Argumentos de la Defensa

2.1. COMPENSAR EPS

El Asesor Jurídico de COMPENSAR EPS, contestó a la demanda, exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Afirma que la tutelante está afiliada a COMPENSAR EPS desde el 17 de febrero de 2000, y

que a la fecha cotiza como trabajadora independiente. No obstante, al momento del nacimiento de su menor hijo se encontraba afiliada por la Empresa Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz.

Señala que: "...COMPENSAR no niega los derechos que tenga la señora Clara Castillo Peña frente al reconocimiento del valor de la licencia de maternidad, lo que en este caso niega es el reconocimiento a favor del empleador. (...) el reconocimiento económico de nuestra parte por concepto de la licencia de maternidad es a favor del empleador no a favor de la empleada. Nuestra EPS nunca le ha manifestado a la usuaria que no tenga derecho a su licencia de maternidad, sino que esta prestación no está a cargo de la EPS sino de su empleador...".

Aduce que de acuerdo con el registro del sistema de información de la entidad accionada, para la época del parto de la tutelante el pago de sus aportes a la Seguridad Social en Salud se venía haciendo por fuera de los plazos límite establecidos por la ley. Situación que a su juicio incide en el derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1804 de 1999.

Manifiesta que revisado el reporte de incapacidades y reembolsos de COMPENSAR EPS, se pudo comprobar que la licencia de maternidad de la accionante se inició el 16 de diciembre de 2003 y la solicitud de reembolso fue realizada por la entidad empleadora en carta radicada el 18 de febrero de 2004, solicitud a la que se dio respuesta mediante oficio REI 550 del 23 de febrero de 2004.

Indica que al verificar la oportunidad en el pago de los aportes, se encontró que la entidad empleadora los realizó por fuera de tiempo, toda vez que en julio de 2003 debía cancelar el día 9 y canceló el 11 siguiente, y en los meses de septiembre y octubre de 2003 debía cancelar el día 9 y canceló el 10 siguiente.

Advierte que: "...las acciones de tutela no fueron creadas para dirimir controversias de carácter económico entre trabajadores y empleadores y por tal razón el reconocimiento pretendido por la accionante a través de este medio es improcedente, además porque desde el momento de la licencia ya han pasado más de tres meses y por tanto no puede decirse que en este momento eventualmente se estén vulnerando o amenazando sus derechos fundamentales ni su mínimo vital...".

Así mismo, señala que COMPENSAR EPS ha expuesto en diversas oportunidades a la entidad empleadora los argumentos jurídicos con fundamento en los que no es posible efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a favor de la tutelante, situación que hace evidente que quien se niega a asumir la obligación por el pago de la prestación económica a que tiene derecho la trabajadora es el empleador, pues fue éste quien incumplió sus deberes al efectuar los aportes.

Aduce que no existe allanamiento en la mora por parte de la EPS COMPENSAR, toda vez que: "...para que el allanamiento del acreedor se dé, se requiere en rigor jurídico que éste, es decir la EPS, haya hecho manifestación expresa o tácita de su voluntad de querer allanarse y la manifestación tácita debe inferirse de un hecho del acreedor, el cual en el presente caso no ha existido, porque jamás la EPS ha exteriorizado o manifestado su voluntad de querer allanarse a la mora del empleador...", especialmente si se tiene en cuenta que el hecho de que el empleador a motu proprio y en cumplimiento del deber legal que tiene frente al sistema de seguridad social de pagar las cotizaciones que le corresponde, consigne los valores respectivos en las Corporaciones autorizadas para recibir pagos a salud, no se puede alegar como manifestación de allanamiento de la EPS.

Finalmente reitera que en el caso de la tutelante los periodos anteriores a la incapacidad y licencia de maternidad fueron cancelados de manera inoportuna, razón por la que no se puede reconocer el derecho a favor del empleador, quien deberá asumir por su cuenta los costos por ese concepto, especialmente si se considera que la Superintendencia Nacional de Salud en reiterados conceptos ha establecido su posición sobre la materia en el sentido de que la mora en el pago se causa al día siguiente del plazo máximo fijado para cancelar el aporte.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del tres (3) de agosto del año dos mil cuatro (2004), decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Considera el a-quo que no existe violación a los derechos fundamentales de la actora, toda vez que no obra dentro del expediente prueba alguna que permita determinar la posible

afectación del mínimo vital de la tutelante ni de su hijo, presupuesto constitucional fundamental para que proceda el amparo por vía de tutela, para el cobro de la licencia de maternidad.

En esos términos, señala que: "...la peticionaria no probó en ningún momento violación al derecho a la vida, por cuanto a la fecha en que se admitió la tutela, es decir el 21 de julio de 2004, ya se había cumplido el término de la licencia de maternidad, pues según lo afirmado por la accionante dio a luz el día 16 de diciembre de 2003, es decir, el tiempo concedido a la tutelante por licencia de maternidad ya terminó y esta se encuentra laborando actualmente para la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz...".

Concluye entonces que, el daño que hubiera podido sufrir la accionante ante la negativa de la EPS COMPENSAR de reconocerle y pagarle la prestación económica de licencia de maternidad, ya se consumó y en consecuencia no es procedente la protección inmediata mediante la concesión de la acción de tutela, de suerte que la tutelante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de que sea en esa instancia en donde se decidan sus pretensiones económicas.

3.2. Impugnación

La accionante, impugnó el fallo de primera instancia con base en las consideraciones que a continuación se resumen.

Para la tutelante, el Juez de Primera Instancia concluye equivocadamente que por el hecho de que entre la fecha de nacimiento de su menor hijo y la fecha en que fue interpuesta la tutela hubieran transcurrido más de tres meses, ya se consumó el daño que se hubiese podido causar y en consecuencia la tutela se torna improcedente.

Así mismo, considera que sin sustento probatorio alguno el juez de instancia equivocadamente señala que se encuentra laborando para la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz, cuando ello no es así, pues actualmente se encuentra en un licencia no remunerada, como lo certificó la entidad empleadora, debido precisamente a que tiene que cuidar de su menor hijo y en consecuencia no recibe actualmente ningún tipo de ingreso.

Señala que si bien consignó en el escrito de tutela la dirección y teléfono del ente empleador con el fin de que allí fuera notificada de cualquier actuación del juzgado, ello obedeció a que su lugar de habitación se encuentra ubicado en Soacha y en consecuencia la dirección es mucho más difícil de ubicar pues no pertenece a la nomenclatura de Bogotá.

3.3. Decisión de Segunda Instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, mediante fallo del dos (2) de septiembre del año dos mil cuatro (2004), decidió confirmar la decisión de primera instancia exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

En criterio del ad-quem, la tutelante lo que pretende es la satisfacción de una pretensión de rango legal, esto es el pago de la licencia de maternidad, para lo cual cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria laboral, especialmente si se tiene en cuenta que con el no pago de la prestación económica que solicita no se le está causando ningún perjuicio irremediable.

Aduce que la accionante en su escrito de tutela manifestó que su hijo nació el 16 de diciembre de 2003, y la fecha en que interpuso la acción de tutela fue hasta el 21 de julio de 2004, situación de la que se desprende que no existe inminencia del daño, pues contó con tiempo suficiente para instaurar la acción laboral.

Así mismo, señala que de acuerdo con la información consignada en el escrito de contestación de la demanda de tutela, COMPENSAR EPS afirmó que la actora se encuentra cotizando actualmente a dicha entidad como trabajadora independiente, circunstancia que permite concluir que esta cuenta con ingresos económicos suficientes para atender las necesidades básicas propias y de su menor hijo y en consecuencia no se está afectando su derecho al mínimo vital.

4. Actividad Probatoria

4.1. Documentos aportados por la parte accionante:

a. Copia de la carta de fecha 18 de febrero de 2004 dirigida a COMPENSAR EPS, por la Rectora de la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz. (Folio 1 del Expediente).

b. Copia de la respuesta dada por COMPENSAR EPS a la carta enviada por la Rectora con fecha 23 de febrero de 2004, en la que se niega a pagar la licencia de maternidad a la tutelante. (Folios 2 y 3 del Expediente).

c. Copia de una nueva carta de insistencia de fecha 18 de marzo de 2004 dirigida a COMPENSAR EPS, por la Rectora de la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz, solicitando el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a favor de la tutelante. (Folios 4 y 5 del Expediente).

e. Copia de una certificación laboral expedida por la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz a solicitud de la tutelante. (Folio 24 del Expediente).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el auto de fecha diecinueve (19) de noviembre de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Once de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

La actora, instauró demanda de tutela, para que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad, el debido proceso, “la maternidad” y la seguridad social, (artículos 11, 13, 29, 43, 48 y 49), que considera vulnerados por COMPENSAR EPS, al haberse negado a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho, con el argumento que el empleador canceló algunos aportes extemporáneamente.

El juez de primera instancia denegó el amparo impetrado, al considerar que la tutelante no probó la vulneración de sus derechos fundamentales, pues a la fecha en que se admitió la tutela, ya se había cumplido el término para reclamar el pago de la licencia de maternidad, y por tanto el daño que hubiera podido sufrir ante la negativa de la EPS COMPENSAR de reconocer y pagar dicha prestación, ya se consumó y en consecuencia deberá acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de que sea en esa instancia en donde se decidan sus pretensiones económicas.

Por su parte, el juez de segunda instancia confirmó el fallo emitido por el a-quo, pues a su juicio lo que pretende la actora es la satisfacción de una pretensión de rango legal, esto es el pago de la licencia de maternidad, para lo cual cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria laboral.

En esta ocasión, corresponde a la Sala analizar, si los derechos fundamentales invocados resultan o no vulnerados por parte de COMPENSAR EPS, dado que dicha entidad se negó a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho la tutelante, con el argumento que su empleador se retrasó en el pago de algunos aportes, y en consecuencia al haberse cancelado extemporáneamente se incurrió en mora.

3. Protección constitucional especial a la mujer gestante y al niño recién nacido. Fuero de maternidad y finalidad del pago de la prestación económica por gravidez

Los derechos de la mujer están expresamente protegidos en la Constitución Nacional, en los artículos 5º, 13, 42, 43 y 44, de acuerdo con esos mandatos constitucionales no puede ser sometida a ningún tipo de discriminación y existe para el Estado la obligación de prestarle especial asistencia y protección durante el embarazo y después del parto, e incluso tiene derecho a recibir un subsidio alimentario si para ese entonces estuviere desempleada o desamparada por alguna razón particular.

El artículo 43 de la Carta fundamental, establece que durante la gestación y después del parto la mujer gozará de una especial asistencia y protección del Estado, de forma tal que es en virtud del cumplimiento de dicho mandato constitucional que mediante la acción de tutela se ha ordenado el reconocimiento y pago de la prestación económica a la que tiene derecho la madre durante el periodo de lactancia, esto es la licencia de maternidad, con el fin de que no se vea afectado su mínimo vital ni el de su bebé, y por tanto pueda contar con los recursos suficientes para suplir las necesidades básicas y llevar una vida en condiciones dignas y justas.¹

Ahora bien, considerando que uno de los objetivos de la licencia remunerada de maternidad es la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, dicha característica permite ubicar a esa prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital y que se vincula por conexidad con otros derechos tales como la dignidad humana, la seguridad social y la salud tanto de la

madre como del recién nacido, de allí se deriva precisamente la especial asistencia y protección durante y después del embarazo.

Aunado a lo anterior, la licencia de maternidad tiene como principal finalidad permitirle a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros meses, para así brindarle los cuidados necesarios, y para que ésta pueda recuperarse de la etapa de gestación,² ello en razón de que en un Estado Social de Derecho que debe cumplir con unos fines esenciales fijados en la Constitución, es fundamental crear las condiciones de bienestar necesarias para que los miembros de la sociedad civil puedan vivir dignamente, aún más si están de por medio la vida y salud de los niños cuyos derechos priman sobre los derechos de los demás.

Sobre el particular la Corte en sentencia T-322 de 2000, precisó lo siguiente:³

“ (...) La Corte Constitucional estima necesario resaltar la protección especial a la que está obligado el Estado -y, dentro de él, todos sus organismos e instituciones, centralizadas o descentralizadas, y los servidores públicos que para él laboran- respecto de la mujer en estado de embarazo. Debe ser protegida de manera eficiente, completa y oportuna, para que el especialísimo acto de la maternidad tenga lugar en condiciones acordes con su dignidad y con la del que está por nacer, y se extienda, en los mismos términos, a los días siguientes al parto. (...)”.

Posteriormente, en sentencia T-1013 de 2002,⁴ hizo énfasis en la protección especial a la mujer embarazada en los siguientes términos:

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

Así las cosas, es claro entonces que la protección a la mujer trabajadora embarazada y al recién nacido, hace procedente la acción de tutela, para el pago de los dineros adeudados

correspondientes a la licencia de maternidad, ya que éstos se constituyen en un ingreso vital para el cubrimiento de sus necesidades y las de su menor hijo, durante el tiempo en que deba permanecer retirada de sus labores.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el cobro de la licencia de maternidad cuando se ha probado la afectación del derecho al mínimo vital de la madre y el recién nacido

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación,⁵ el derecho al pago de la licencia de maternidad es procedente por vía de tutela, en razón de la especial asistencia y protección de que goza la mujer en estado de gestación y después del parto. No obstante, la Corte ha precisado también que en aquellos eventos en que se vea afectado el derecho al mínimo vital de la madre y el recién nacido, esa circunstancia hace procedente el amparo constitucional, pues es claro que el auxilio por maternidad constituye el único salario de la mujer durante el periodo de lactancia.

Es así, como la Corte Constitucional, ha protegido los derechos tanto de la madre como del niño, ordenando el pago de tal prestación, en razón de que dicho auxilio corresponde a los salarios que devengaría la madre si hubiese continuado laborando, y se ha concedido el amparo precisamente porque se encuentra que los dineros por ese concepto van a permitir a madre e hijo una subsistencia en condiciones dignas durante el período de lactancia.⁶

Ahora bien, considerando que la protección constitucional otorgada por el juez de tutela para el pago de la licencia de maternidad, está supeditada igualmente al cumplimiento de los requisitos que el legislador ha establecido para su viabilidad, toda vez que dicho auxilio es un derecho de carácter legal⁷ y, por ende, el mecanismo judicial idóneo para exigir su cancelación es el proceso ejecutivo laboral, es que la tutela se constituye en un mecanismo excepcional que sólo procederá en la medida en que sea manifiesta la arbitrariedad de la administración y sean claros los efectos gravosos que el no pago del auxilio de maternidad, produce sobre los derechos fundamentales de madre e hijo.⁸

Al respecto, esta Corporación en sentencia T-664 de 2002, sostuvo lo siguiente:

“ (...) La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida.

La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica (...).”.

En resumidas cuentas, el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada del especial estado de maternidad, no necesariamente procede por vía de tutela, pues en aquellos casos en que no exista o desaparezca la conexidad entre el derecho a la remuneración y el descanso conferido en virtud de la licencia, la afectada deberá acudir a la justicia laboral por la vía ejecutiva, para efectos de lograr su reconocimiento y pago.

5. Ampliación del término para reclamar por vía de tutela el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente al nacimiento del bebé

De conformidad con los mandatos constitucionales relativos a la protección especial de la mujer gestante, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que debe ser concedida a la madre al dar a luz, constituye la manifestación más importante de amparo a la maternidad, y por tanto para que ese derecho pueda hacerse efectivo debe ser reclamado antes del vencimiento del término de la licencia, pues en el evento en que el amparo se solicite una vez vencido éste, se presume que la madre no requirió el pago de tal prestación para atender sus necesidades básicas y las del menor; y en consecuencia no se causó afectación alguna al mínimo vital.

Ahora bien, es importante destacar que de acuerdo con la línea jurisprudencial⁹ que había sostenido esta Corporación, el plazo inicial que se fijó para conceder por vía de tutela el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, era de 84 días contados a partir del momento del parto, con el fin de disfrutar de las doce semanas de licencia, en los términos del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, las consideraciones anteriores, la Corte dando aplicación al mandato constitucional previsto en los artículos 44 y 50 superiores, y con el propósito de ampliar el margen de protección a la mujer embarazada y al menor recién nacido, cambió la jurisprudencia vigente sobre la materia,¹⁰ en el sentido de permitir a la madre solicitar el reconocimiento y pago del auxilio de maternidad por vía de tutela, dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, esto es dentro de los 364 días siguientes al parto.

En efecto, esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, señaló lo siguiente:

“ (...) 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. No se trata entonces de desconocer el derecho a la licencia, sino de fijar el plazo para su reclamación. 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.

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 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación.

(...)

Por tal razón, a partir de la precitada sentencia la Corte ha prestado especial atención al hecho de que con frecuencia la tutela es presentada luego de fenecido el término legal de la licencia porque las empresas promotoras de salud responden tardíamente las peticiones relativas al pago de la licencia por maternidad. Es por ello que la Corte consideró que no puede insistirse en la improcedencia de la tutela cuando la EPS ha demorado en resolver la respectiva petición, ya que por tal vía termina desprotegiéndose al recién nacido. Así, la Corporación señaló que la tutela es procedente dentro del año siguiente al nacimiento del niño, por cuanto la Carta Política les brinda protección especial a los menores durante el primer año de vida (C. P. art. 50).

La Corte precisó que en tratándose de la lesión del mínimo vital de la madre y el recién nacido por la falta de reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, el plazo para instaurar la acción de tutela es de un año contado desde el inicio de la licencia por maternidad, pues se trata de un caso de protección “doblemente reforzada”, ya que

“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 (...)”.

Así las cosas, el amparo constitucional para la mujer que ha dado a luz, se extendió al año siguiente contado a partir de la fecha del parto, pues el propósito del juez constitucional fue garantizar los derechos de los niños que prevalecen sobre los derechos de los demás, mediante la extensión del fuero de maternidad.

6. Mora patronal en el pago de las cotizaciones y allanamiento a la mora por parte de la EPS que recibe los aportes extemporáneos por auxilio de maternidad

Con fundamento en el principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud, es claro que para que proceda el reconocimiento y pago del auxilio por maternidad el empleador debe haber cumplido con su obligación de pagar oportunamente los aportes, de forma tal que en aquellos eventos en que no lo ha hecho deberá asumir el pago de la licencia, quedando la EPS exenta del cumplimiento de tal obligación.

Ahora bien, no obstante los argumentos antes expuestos, esta Sala debe precisar que si los pagos realizados por el patrono fueron hechos extemporáneamente y la EPS que administra dichos dineros acepta la mora, al hacer caso omiso de tal circunstancia, no podrá a posteriori argumentar tal incumplimiento frente a su obligación, pues en ese caso se aplica el principio de allanamiento a la mora.

Sobre el particular la Corte en reciente jurisprudencia T-878 de 2004, sostuvo lo siguiente:

“ (...) Esta Corporación ha venido aplicando en varias oportunidades la tesis del allanamiento a la mora patronal por parte de la EPS, en los casos en los que se niega la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, y ha precisado que si una empresa promotora de salud no alega a tiempo la mora en que ha incurrido el empleador en el pago de los aportes, posteriormente no puede negar a la madre la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer su propia negligencia, toda vez que tales entidades disponen de medios jurídicos suficientes para reclamar al empleador el cumplimiento de su obligación (...)”.

Así mismo, debe señalarse, que la no cancelación de los aportes por concepto de seguridad social, en este caso derivados de la licencia de maternidad, en ningún momento exonera al empleador de su responsabilidad en el cubrimiento de la salud de la madre y mucho menos del recién nacido, pues cuando las cotizaciones patronales no se efectúan, o cuando lo descontado a la trabajadora no se traslada de inmediato al sistema de seguridad social, el patrono debe asumir de manera directa e íntegra los costos de atención en salud de sus empleados.¹¹

Por otra parte, así los aportes se hayan realizado por fuera de la fecha límite de pago establecida por las normas reglamentarias, no es ajustado a los parámetros constitucionales que la madre y el recién nacido deban soportar las controversias suscitadas en torno a la relación contractual del empleador y la EPS, en perjuicio de su derecho al mínimo vital.¹²

En relación con el no pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS que tiene a su cargo dicha obligación, como consecuencia de la mora patronal en el pago de las cotizaciones, esta Corporación en sentencia T-389 de 2004, manifestó lo siguiente:

“ (...) Teniendo en cuenta el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, es claro que para que proceda el reconocimiento del auxilio por maternidad resulta necesario que el empleador haya cumplido con su obligación de pagar oportunamente los aportes respectivos al sistema para que pueda la E.P.S. reconocer la licencia respectiva. Pero, si el patrono no ha cancelado los mismos debe asumir el pago de la licencia y queda exenta la E.P.S. de tal obligación.

(...)

La Corte ha aplicado en varias oportunidades la tesis del allanamiento a la mora patronal por parte de la E.P.S. en casos en los que se niega la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, y ha sostenido que si una empresa promotora de salud no alega a tiempo la mora en que ha incurrido el empleador en el pago de los aportes, posteriormente no puede negar a la empleada la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer su propia negligencia, toda vez que tales entidades disponen de medios jurídicos suficientes para reclamar al empleador el cumplimiento de su obligación (...).”

En esos términos, es claro entonces que la EPS no podrá excusarse en la extemporaneidad (tardía o interrumpida cotización durante el término de la gestación) en el pago de las cotizaciones por concepto de licencia de maternidad en los casos en que el empleador no haya cancelado en la oportunidad debida, toda vez que esa omisión no se la puede trasladar a la trabajadora, en detrimento de sus derechos a la maternidad y al mínimo vital.

7. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión, la accionante reclama el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, a la protección a la maternidad y la seguridad social, que han sido presuntamente vulnerados por parte de COMPENSAR EPS, toda vez que dicha entidad se negó a cancelar la licencia de maternidad a que tiene derecho con el argumento que el patrono cotizó de manera extemporánea algunos aportes.

En efecto, en el caso sub examine encuentra la Sala que la negativa de la entidad accionada para no cancelar la licencia de maternidad a la señora María Clara Castillo Peña, obedece a que su empleador realizó los pagos correspondientes a los meses de julio, septiembre y octubre de 2003, dos días después de la fecha límite establecida para tal fin, que para el caso concreto correspondía al noveno día hábil de cada mes.

Es pertinente puntualizar, que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la Escuela Normal Superior de Nuestra Señora de la Paz empleador de la tutelante, siempre canceló dentro de la fecha establecida los aportes correspondientes al auxilio de maternidad, excepto en los meses de julio, septiembre y octubre de 2003.¹³

Ahora bien, observa la Sala que el hijo de la accionante nació el día 16 de diciembre de 2003 y que ésta instauró la acción de tutela el día 21 de julio de 2004, es decir, que para esa fecha gozaba de la protección constitucional especial prevista en los artículos 43 y 50 superiores, pues como quedó establecido en los apartes precedentes de esta providencia, y de conformidad con lo precisado en reciente jurisprudencia constitucional, el fuero de maternidad se hizo extensivo por un año¹⁴ contado a partir del nacimiento del bebé, razón por la que le asistía derecho a reclamar el reconocimiento y pago de su licencia por vía de tutela.

En ese entendido, encuentra la Sala que el argumento expuesto por los jueces de instancia

para negar la tutela, en el sentido de que para la fecha en que se admitió la tutela, es decir el 21 de julio de 2004, ya se había cumplido el término para solicitar el cobro de la licencia de maternidad, y en consecuencia el daño que hubiera podido sufrir la accionante ya se consumó, no encuentra justificación a la luz de los mandatos constitucionales, pues al no permitirles a la madre y al recién nacido gozar de los dineros provenientes de dicha prestación económica, se atenta en forma directa contra su digna subsistencia.

Así mismo, debe esta Sala aclarar que si bien la accionante no aportó pruebas sobre una circunstancia de necesidad extrema, la prestación económica a que tiene derecho la señora Castillo Peña, fue en efecto reclamada durante el periodo inmediatamente posterior al parto, circunstancia que demuestra que para ésta y su menor hijo es indispensable contar con los recursos provenientes de dicho auxilio, de forma tal que al existir una clara conexidad entre el periodo de lactancia y la necesidad de atender la subsistencia de la madre y el niño durante el mismo, se configuran los elementos establecidos por la Corte para que una prestación dineraria adquiera rango de derecho fundamental y pueda ser reclamada por vía de tutela.

Con fundamento, en los argumentos antes esgrimidos, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte a la que se hizo alusión en los apartes precedentes de esta sentencia, en el caso sub-exámine la negativa de la entidad promotora de salud -COMPENSAR EPS-, vulneró el derecho a la protección especial a la maternidad prevista en los artículos 43 y 50 constitucionales.

En ese sentido, cabe aclarar y reiterar, que la protección a la maternidad prevista en el artículo 43 constitucional, en relación con la madre gestante, y el correspondiente derecho al reconocimiento y pago del auxilio por maternidad obedece al hecho mismo de la concepción, de forma tal que los criterios o consideraciones de índole económico no se pueden sobreponer ante la afectación de los derechos fundamentales de madre e hijo.

Prueba de lo anterior, es que esta Corporación en sentencia T-466 de 2000, tuteló el derecho a la maternidad en un caso en el que estaba probado que la tutelante tenía cónyuge y que éste contaba con recursos económicos suficientes para sostener a madre e hijo, sin embargo las consideraciones constitucionales que primaron se dirigieron a proteger a la mujer y al recién nacido.

En efecto, la Corte en dicha oportunidad, señaló lo siguiente:

“ (...) Respecto a la improcedencia de la acción de tutela se deberá precisar que el estado matrimonial de la gestante, parturienta o puérpera no puede considerarse para negar o conceder el amparo constitucional por maternidad puesto que la presencia o ausencia del cónyuge o compañero son indiferentes en la adquisición del derecho de la mujer trabajadora a obtener remuneración durante la etapa subsiguiente al parto y por lo tanto resultan ajenos para invocar la protección constitucional que garantiza su cumplimiento.

De otra parte, tampoco resulta pertinente analizar la condición económica del grupo familiar con miras a establecer la procedencia de la acción porque, no debe confundirse la protección constitucional al descanso remunerado con la subvención alimenticia a que accede la madre desamparada o desempleada porque, si bien es cierto en uno y otro caso se propende por garantizar el clima de paz y tranquilidad que requieren la madre y el recién nacido durante esta trascendental e irrecuperable etapa en la vida de ambos, la Carta Política (art 43) los distingue por su origen: la mujer trabajadora adquiere el derecho con su propio concurso, mientras que la madre desempleada o desamparada puede exigir la subvención por la precaria situación económica que padece. En el primer caso deberá analizarse si la trabajadora cumplió los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación y si tiene recursos propios que le permitan subsistir en el período subsiguiente al parto; mientras que en el segundo caso habrá de valorarse su situación económica y la de su grupo familiar para determinar si la invocante tiene derecho a la asistencia económica. (...)”.

De otra parte, es claro para esta Sala que la entidad accionada, se allanó a la mora del empleador, al no haber alegado en tiempo y a través de los mecanismos previstos en la ley, el pago cumplido, de los aportes por concepto de auxilio de maternidad, toda vez que al recibirlos extemporáneamente se obligó a cumplir con el pago de dicha prestación económica. En ese orden de ideas, no le asiste razón a COMPENSAR EPS cuando niega el pago de la prestación derivada de la maternidad, como quiera que la tutelante cumple con los requisitos establecidos en la Ley 15 para la adquisición de tal derecho, y en consecuencia no puede ahora hacerlo nugatorio alegando su propia negligencia.

En resumidas cuentas, es claro que i) el empleador de la tutelante incumplió la obligación legal que le asiste de pagar oportunamente los aportes al sistema de seguridad social en

salud, pues dichos aportes los debía realizar el noveno día hábil de cada mes, sin embargo, en algunos meses, lo hizo dos días más tarde, ii) COMPENSAR EPS recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea, de suerte que si bien le asiste razón al manifestar que no se realizó el pago de algunos de los aportes en las fechas establecidas, no puede, so pretexto de eludir sus obligaciones, escudarse en el pago extemporáneo de las cotizaciones, cuando se allanó a la mora del empleador al recibir los citados pagos, sin haber hecho uso de los medios legales para hacer exigible la obligación en tiempo.

En ese sentido, para la Sala es indudable, que una vez cumplidos los requisitos de afiliación y pago de los aportes durante todo el tiempo de la gestación, la entidad accionada ha debido reconocer y pagar oportunamente la prestación económica que se hizo exigible en virtud de la maternidad, y por tanto no resulta coherente desconocer un derecho adquirido, con el argumento de que el patrono demoró el pago de las cotizaciones, pues se reitera COMPENSAR EPS contaba con los instrumentos jurídicos para hacer efectivo su pago dentro del término pactado.

Se concluye entonces, que COMPENSAR EPS vulnera los derechos fundamentales de la señora María Clara Castillo Peña, al negarse a pagar el auxilio por maternidad que por ley le corresponde, pues como quedó establecido se allanó a la mora y en tal sentido se hizo cargo del cubrimiento de la obligación, sin que pueda imputar la misma al patrono.

Así las cosas, el juez de tutela debe ordenar a la entidad accionada que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora María Clara Castillo Peña, con el fin de cesar la vulneración a sus derechos fundamentales y a los de su menor hijo.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Segundo. ORDENAR a COMPENSAR EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la señora María Clara Castillo Peña.

Tercero.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sobre el particular se pueden consultar entre otras las sentencias T-664/02, T-1014/02, T-118/03 y T-878/04.

2 Corte Constitucional, sentencia T-118 de 2003.

3 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-1168/00, T-158/01, T-483/01, T-909/02, T-1014/02, T-931/03, T-1073/03, T-271/04.

4 A su vez, la Corte en sentencia T-466 de 2000, enfatizó: "(...) La Corte ha considerado que la licencia de maternidad tiene por objeto, además de conceder a la madre un descanso que le permita recuperar su estado notoriamente resquebrajado como consecuencia del embarazo y el parto, brindarle al recién nacido la oportunidad de recibir los cuidados que sólo

su madre puede prodigarle. Se ha dicho que, para el cumplimiento de estos objetivos, la existencia de recursos que garanticen la subsistencia de la madre y el niño son indispensables porque solo así la madre puede suspender sus actividades laborales, para dedicarse exclusivamente a lograr su recuperación y atender los requerimientos del pequeño. De ahí que la mujer trabajadora a la cual se le niega la prestación económica por maternidad tiene derecho a invocar la acción de tutela para obtener su pronto reconocimiento y pago de conformidad al artículo 43 de la Constitución Política, que impone para la mujer en estado de embarazo, una especial protección desde el mismo momento de la concepción.(...)”.

5 Sobre el particular, se pueden consultar entre otras las sentencias T-999/03, T-284/04, T-304/04 y T-878/04.

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-999 de 2003 y T-878 de 2004.

7 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 236.

8 Corte Constitucional, sentencia T-805 de 1999.

9 Sobre el particular consultar las sentencias T-210 de 1999 y T-765 de 2000.

10 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2003.

11 Al respecto, se pueden consultar entre otras las sentencias T-323/96, T-075/99, T-1014/02, T-553/03, T-851/03, T-1073/03, T-196/04 y T-271/04. En efecto, la Corte en sentencia T-271 de 2004, señaló lo siguiente: “ (...) No obstante, encuentra la Sala que para la procedencia de esta prestación económica, es indispensable que el patrono se encuentre al día en el pago de las cotizaciones a la respectiva EPS pues, de lo contrario, a él correspondería asumir tanto las prestaciones asistenciales como económicas que fueren necesarias, como sanción por su incumplimiento. Así lo establece la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, que radican en cabeza de los patronos incumplidos los costos y responsabilidad por la atención de salud que requieran sus empleados cuando no realizan oportunamente el pago de las correspondientes cotizaciones a las EPS. (...)”.

Por su parte, la normatividad vigente sobre la materia prevé lo siguiente: i) Ley 100 de 1993, artículo 161, parágrafo, dispone que: “La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y

eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”, ii) Decreto 806 de 1998, artículo 80, prevé que: “ Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del sistema general de seguridad social ni de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”, iii) Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2: “Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora, deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todos u período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas. (...) Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud”.

12 *Ibíd*em, sentencias Corte Constitucional.

13 A folio 1 del Expediente obra copia de la carta enviada por la Rectora de la Escuela Normal Superior Nuestra Señora de la Paz, a COMPENSAR EPS en donde manifiesta que tal atraso obedece a que el desembolso de las pensiones lo realizan los estudiantes de dicha institución educativa durante la primera semana de cada mes.

14 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2003.

15 Sobre el particular, el Decreto 806 de 1998, establece en el artículo 63 lo siguiente: “Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un periodo igual al periodo de gestación”. En igual sentido, se puede consultar el artículos 3º, numeral 2º del Decreto 047 de 2000, que modificó algunos artículos del Decreto 806 de 1998.