

Sentencia T-284/04

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

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

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-818892

Acción de tutela instaurada por MARÍA COLORADO ORTÍZ contra la E.P.S. SEGURO SOCIAL Seccional Risaralda.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Primero de Familia de Pereira y por el Tribunal Superior Sala Civil-Familia de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela iniciada por la ciudadana MARÍA COLORADO ORTÍZ contra la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda.

I. ANTECEDENTES.

La señora MARÍA COLORADO ORTIZ interpuso acción de tutela contra la E.P.S. SEGURO SOCIAL Seccional Risaralda, y señaló en su escrito que considera vulnerados sus derechos

fundamentales a la salud, la igualdad, vida digna, seguridad social, la niñez y la familia, entre otros, en razón a que la entidad demandada se niega a pagarle la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Respaldó su solicitud de amparo en los siguientes hechos:

- Manifiesta que desde octubre 23 de 1995 es empleada de la empresa Deportivas Campeón y que actualmente está vinculada al Sistema de Seguridad Social Régimen Contributivo con la E.P.S. del Seguro Social. Indica que el día 3 de diciembre de 2002 nació su hijo, y hasta la fecha de interponer la tutela, julio 24 de 2003, el Seguro Social no le ha cancelado la licencia de maternidad que por ley le corresponde.

- Señala que el día 4 de junio de 2003, presentó al Seguro Social Seccional Pereira derecho de petición en donde solicitó la cancelación de la incapacidad por concepto de maternidad de 84 días equivalente a la suma de \$ 865.200, solicitud que le fue negada el 6 de junio de 2003 por la entidad demandada, quien indicó que de acuerdo al Decreto 1406 de 1999 reglamentario de la Ley 100 de 1993, el pago debe hacerse exactamente el día que le corresponde con base en el último dígito de la afiliación 1922987 (4), en su caso el 5º día hábil de cada mes, así como afirmó que "...es obligación del patrono como ya se mencionó pagar en los plazos establecidos y es ante éste que se debe efectuar la reclamación si al trabajador no se le ha pagado los días de incapacidad".

- Expuso en su demanda que le es extraña la respuesta anterior, porque la empresa para la cual labora desde el año de 1997, efectúa los aportes de los empleados en un promedio de fechas entre el día 6 y el 10 de cada mes, existiendo además casos de algunos empleados que sí les han cancelado sus licencias.

- Finalmente advierte, que el Decreto 1406 de 1999 en ningún momento hace alusión a que no se reconozca la prestación porque el pago no se haya efectuado oportunamente, solamente el artículo 13 menciona sobre declaraciones que se tienen como no presentadas en concordancia con el artículo 9 literal b) al g) en las cuales la empresa no incurrió al presentar la liquidación de aportes para salud. Por último, declara ser una persona de escasos recursos económicos y subsiste actualmente con el salario mínimo pagado por el empleador.

I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

- A folio 2 del cuaderno de primera instancia, fotocopia simple de la cédula de ciudadanía y del carnet de afiliación de la señora Colorado Ortiz a la entidad demandada.
- A folio 3 y 4 del cuaderno de primera instancia, fotocopia simple de los periodos de cotización de la empresa.
- A folio 5 a 11 del cuaderno de primera instancia, fotocopia simple de las incapacidades que han sido canceladas a diferentes empleados de la empresa.
- A folio 31 del expediente, derecho de petición del Gerente de la empresa CREACIONES DEPORTIVAS CAMPEÓN, empleador de la accionante, elevado ante el I.S.S. en donde manifiesta lo siguiente: “Nos extraña que el ISS en ningún momento nos haya requerido, notificado, o comunicado que los pagos se debían hacer los primeros 5 días del mes, ya que como puede observar desde el año 1997 hemos cumplido con los pagos en diferentes fechas antes del 10 de cada mes. Como usted debe saber en nuestro ordenamiento la costumbre se convierte en ley, mas aún teniendo en cuenta que el ISS aceptó que CREACIONES DEPORTIVAS CAMPEÓN cancelara en la fecha y en los días que se anotan en el anexo que adjuntamos en donde se aprecian las fechas de pago en cada uno de los meses y años correspondientes”.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

En escrito recibido el día 29 de julio de 2003 en el Juzgado Primero de Familia de Pereira, el doctor Juan Carlos Arcila Franco, Gerente de la entidad demandada, indicó en primer lugar que la seguridad social y la salud son derechos de segunda generación que hacen parte de los derechos económicos, sociales y culturales, que no tienen el carácter de fundamentales, no siendo por lo tanto susceptibles de protección directa por vía de tutela; en segundo lugar, manifestó que para el reconocimiento y pago de una prestación económica, no es procedente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C. N. Finalmente indicó, que de acuerdo a lo señalado en el Decreto 806 - 98 en su artículo 8 parágrafo “en los casos de

mora el empleador...deberá asumir directamente el costo de las pretensiones económicas y las incluidas en el POS, sin perjuicio de su obligación de cancelar la totalidad de las cotizaciones atrasadas al sistema”.

I. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso en primera instancia el Juzgado Primero de Familia de Pereira, quien en sentencia de agosto 5 de 2003, tuteló la protección del derecho fundamental solicitado. El a- quo sustentó su decisión anotando que “en el expediente obran como pruebas fotocopias de los aportes, hechos por el empleador, sin interrupciones correspondientes al periodo comprendido entre enero de 1997 y mayo de 2003 (fs. 3 y 4). Si bien es cierto, que algunos de esos pagos se hicieron extemporáneamente, no menos lo es que la EPS demandada los aceptó y no puede ahora alegar su falta de eficacia y eficiencia en el cobro de la cotización, para negar el derecho de un tercero ajeno a las obligaciones de transferencia y recepción de los aportes al sistema de seguridad social en salud. No obstante lo anterior, la EPS está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las mismas y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento y hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.”.

El fallo tuteló los derechos invocados por la accionante y ordenó en el numeral segundo que la E.P.S. del Seguro Social, iniciara los trámites correspondientes para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencia de maternidad.

La anterior decisión fue revocada en segunda instancia por el Tribunal Superior Sala Civil-Familia de la misma ciudad, quien sostuvo que la acción de tutela no esta llamada a prosperar toda vez que “...la accionante adquirió el derecho a la licencia de maternidad que reclama por lo menos desde el 3 de diciembre de 2002, o sea que a la fecha no sólo el término del descanso a que le daba derecho la misma ha terminado, sino que debe estar reintegrada a su trabajo y recibiendo el salario correspondiente”.

Señala que el derecho de licencia de maternidad ha sido instaurado extemporáneamente y no puede aceptarse la acción para obtener el reconocimiento de derechos de carácter legal y prestaciones económicas. A su juicio, la accionante deberá acudir a los medios ordinarios

para reclamar la prestación correspondiente.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional 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. La licencia de maternidad y su protección constitucional.

Uno de los mecanismos que materializan la especial asistencia y protección que el Estado, por mandato del artículo 43 Superior debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la prestación económica denominada licencia de maternidad. Tratándose de una prestación económica que realiza un derecho de segunda generación, su cumplimiento debe lograrse mediante las acciones pertinentes ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, esta regla general no se opone a que bajo circunstancias específicas, haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela.

En ese entendido, las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad son las siguientes:

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).

a. 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).

a. 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).

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

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, de conformidad con la última jurisprudencia planteada por esta misma Sala, conforme a la cual “ 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 Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación". T-999 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería.

El mencionado fallo estableció que el plazo para demandar en tutela cuando se trata del pago de la licencia de maternidad no puede ser tan perentorio que haga írrito o nugatorio el derecho que ya existe en cabeza de la madre, por ello dijo la Corte "el plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año."

f. Estimó la Corte en esa oportunidad que frente a reclamos de tal naturaleza existe una protección doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse como tal.²

3. Caso concreto.

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

a. El empleador de la actora incumplió la obligación legal que le asiste de pagar oportunamente los aportes al sistema de seguridad social en salud. Tratándose de un pequeño aportante, y según el último dígito de afiliación, debía realizar los aportes como fecha máxima el 5º día hábil de cada mes.³ No obstante, en algunos meses, lo hizo varios días más tarde.

a. La entidad accionada recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea. Por tanto, en principio, obraría, como adelante se expondrá, el allanamiento a

la mora y aquella estaría en la obligación de cancelar la prestación económica que se encuentra pendiente.

Tales circunstancias se ajustan a los presupuestos diseñados por la jurisprudencia vigente sobre la materia, y debe accederse al amparo reclamado, teniendo en cuenta que la razón de fondo que aduce la entidad accionada para negar la tutela es la del pago tardío de cotizaciones, tema que ya la Corte ha resuelto señalando que una “mujer tiene derecho a percibir lo correspondiente a su licencia de maternidad, aunque haya cotizado extemporáneamente al Seguro Social, cuando la mora ha quedado saneada, es decir, cuando la cotización no ha sido devuelta o ha sido recibida sin objeción alguna”.⁴ En este caso además, está probado que desde el año 1997 la empresa Creaciones Deportivas Campeón,⁵ empleador de la accionante, viene cotizando por sus empleados los 10 primeros días de cada mes, y el I.S.S. no hizo ningún requerimiento al respecto, sólo ahora ante el reclamo por el pago de la licencia, aduce que las cotizaciones han sido extemporáneas.

En aplicación, pues, del principio de buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas entre las partes, las E.P.S. no pueden desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando se hubieren allanado a la mora del empleador. En efecto, “si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría “una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador”⁶. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, “pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social”⁷.

a. A la luz de tales consideraciones, el juez de segunda instancia ha debido conceder el amparo invocado por la accionante, bajo la entendido de la afectación probada de su mínimo

vital, pues el monto de la licencia se constituía en su salario durante la época posterior al parto. La jurisprudencia a este respecto ha hecho hincapié en que la misión del juez de tutela que constata que por la omisión de las autoridades o los particulares se afectan los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, debe ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que se busca proteger, tanto a la madre como a su hijo. “No enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa de la entidad accionada en reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital.” T-999 de 2003.

a. En consecuencia, se revocará la sentencia de segunda instancia, para mantener en firme la decisión adoptada por el juzgador de primera instancia al amparar el derecho fundamental al mínimo vital de la señora MARIA COLORADO ORTIZ y el de su hijo recién nacido.

VI. DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2003 por el Tribunal Superior de Pereira y su lugar, CONFIRMAR el numeral primero del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero de Familia de Pereira que concedió la tutela de los derechos fundamentales a la maternidad y al mínimo vital de la señora MARÍA COLORADO ORTÍZ y a la protección del recién nacido.

Segundo. MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero de Familia de Pereira y ORDENAR a la E.P.S. del Seguro Social, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar a la accionante el valor de la licencia de maternidad que le corresponde.

Tercero. Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Oficio N. 266910 Dr. José Diego Tafurth Masso Director de Planeación Operativa EPS Seguros Social Seccional Risaralda.

2 Sentencia T-999 de 2003

3 Cfr. Folio 33 del expediente.

4 Sentencia T-664 de 2002.

5 Folio 31 del expediente.

6 Sentencia C-177 de 1998 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

7 Ibídem.