

Sentencia T-360/06

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

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

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO RECIEN NACIDO-Pago licencia de maternidad

Referencia: expediente T-1267478

Acción de tutela instaurada por María Briceida Solano Vargas contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la sala de decisión civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el asunto de la referencia.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

I. ANTECEDENTES

1.Hechos

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. La ciudadana Solano Vargas se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1992.
2. El 15 de agosto de 2001, como trabajadora dependiente de la empresa María del Socorro Bonilla & Cia Ltda., la demandante se afilió a Salud al Seguro Social.

3. El 25 de noviembre de 2004 nació su hija Karol Tatiana Mondragon Solano.
4. Como consecuencia de ese nacimiento a la señora Solano Vargas le fue dada una incapacidad por 84 días según consta en la incapacidad nro. 110040012977 dada por el médico tratante.
5. El día 7 de enero de 2005, como efecto de la incapacidad citada en el numeral anterior, la ciudadana Solano Vargas solicitó personalmente ante las instalaciones del ISS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.
6. Ante la negativa de la entidad demandada de hacer efectivo el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la empresa empleadora de la señora Solano Vargas instauró ante el ISS derecho de petición radicado con fecha 8 de septiembre de 2005.
7. El día 12 de septiembre de 2005, el ISS dio respuesta al derecho de petición citado negando la solicitud. Argumentó la entidad que la señora Solano Vargas no cumplía con los requisitos establecidos en el numeral 1 del Decreto 1804 de 1999.
8. La empresa María del Socorro Bonilla & Cia Ltda., empleadora de la demandante, hizo algunos pagos de las cotizaciones a salud y pensiones de sus empleados en forma extemporánea.
9. Empero lo anterior, esos pagos fueron aceptados posteriormente por la entidad demandada.
10. La empresa empleadora, el día 7 de abril de 2005 envió relación al Instituto de Seguros Sociales de los pagos extemporáneos, haciendo alusión a las fechas de pago, el número de los recibos de pago y el valor total.
11. La situación económica de la demandante se vio afectada, pues se vio obligada a solicitar dinero prestado para sufragar sus necesidades básicas y las de su menor hija.

2. Solicitud de tutela

La señora María Briceida Solano Vargas considera que la negativa por parte del Instituto de Seguros Sociales de hacerle efectivo el reconocimiento y pago de lo correspondiente a la licencia de maternidad exponiendo como argumento el pago extemporáneo de los aportes a salud, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad, trabajo y los derechos que le son propios a la mujer embarazada consagrados en el artículo 43 de la Constitución Política.

Según la demandante, a pesar de que los pagos a los aportes a salud se hicieron de forma extemporánea, la entidad demandada aceptó, por lo que se presentó allanamiento a la mora. Por esta razón, aduce la actora, el ISS no puede negarse al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

En virtud de lo anterior, la ciudadana Solano Vargas solicita se tutelen sus derechos fundamentales haciendo que se obligue al ISS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Instituto de Seguros Sociales, por intermedio de apoderada, basó su defensa en primer lugar, en la inexistencia de presentación de recursos contra la Resolución nro. 2779 del 12 de septiembre de 2005, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. En segundo lugar, en que la demandante, para la fecha de causación del derecho, no cumplía con los requisitos exigidos por el Decreto 1804 de 1999, así como tampoco con lo establecido en el Decreto 047 de 2000 en el cual se establece que “ 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 todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas conforme a las reglas de control de la

evasión”. En razón de lo anterior, adujo la accionada que “resulta claro que, la EPS-ISS, aplicara la normatividad vigente, frente a los pagos hechos por los empleadores o trabajadores independientes. La Empresa Promotora de Salud del ISS, considera que de otorgarse el pago de dichas prestaciones, se ocasiona en la practica el menoscabo del equilibrio financiero de la Entidad y por tanto no es procedente el reconocimiento de la mencionada licencia”. Por último, aduce que existen otros medios de defensa para hacer valer la pretensión que en este caso se presenta.

Por todo lo anterior, la entidad demandada solicita se niegue la tutela instaurada en su contra, por ser ésta improcedente. Así mismo, pide que a quien se haga responsable del pago de lo correspondiente a la licencia de maternidad de la señora Solano Vargas sea su empleadora, la empresa María del Socorro Bonilla y Cia. Ltda., toda vez que fue ésta quien omitió hacer los pagos a los aportes a salud de su trabajadora oportunamente.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

1. Tarjeta de afiliación y comprobación de derechos a nombre de la señora Maria Briceida Solano Vargas nro. 73923 Seccional Boyacá, emitida por el I.S.S. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 1).
2. Formulario único de afiliación e inscripción a la EPS - ISS (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 2).
3. Certificado de nacido vivo (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 4).
4. Certificado de incapacidad o licencia por maternidad (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 6).
5. Formato de relación mensual de incapacidades y licencias por maternidad para reconocimiento por la EPS-ISS (T- 1267478 cuad. 2, fol. 21)

6. Relación de pago autoliquidaciones emitida por el Banco de Bogotá por medio del cual se constata el pago correspondiente a aportes en salud de los empleados de María del Socorro Bonilla y Cia. Ltda. y los intereses por extemporaneidad. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 7).

7. Relación de pagos presentados en el Banco de Bogotá el día 1ro de abril de 2005 en donde consta año de pago extemporáneo, nro. sticker de pago y valor total pagado. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols 8 y ss).

8. Derecho de petición radicado el 8 de septiembre de 2005 por María del Socorro Bonilla Cia. Ltda., en el ISS solicitando el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la señora Solano Vargas. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols 11 y 12).

9. Resolución 2779 de 12 de septiembre de 2005 por medio de la cual se negó la solicitud del derecho de petición citado en el numeral inmediatamente anterior. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols. 13 y 14).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El conocimiento de la tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, que por sentencia del dieciséis (16) de noviembre de dos mil cinco (2005) decidió negar el amparo constitucional solicitado. En segunda instancia, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó dicha decisión mediante sentencia de trece (13) de diciembre de 2005.

El juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demandante pues consideró, principalmente, que de proceder la acción de tutela en este caso se demeritaría la autonomía funcional que la Constitución misma reconoce a quienes administran justicia, es

decir, el juez de tutela estaría en un campo de acción que, en principio, está reservado expresamente a otra jurisdicción. En efecto, aduce el a quo, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que, por lo mismo, no está llamado a reemplazar los diversos ámbitos de competencia de las autoridades de la República. Por último, el juez primario afirma que en ningún momento descarta la vulneración de un derecho de tipo legal, pero, sí hace hincapié en que no se trata de una vulneración de un derecho de carácter constitucional, por lo que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para hacer efectivo un derecho como el alegado por la accionante.

En segunda instancia, el juez de conocimiento considera viables tanto los argumentos como la decisión del a quo. En efecto, a su parecer, en el caso concreto lo que se dilucida es un conflicto de índole económico, el cual debe ser resuelto por la jurisdicción competente, lo cual no es la Constitucional. El ad quem, si bien reconoce que en casos excepcionales la acción de tutela es procedente para casos como el que se presenta, considera que en el caso particular de la señora Solano Vargas no debe proceder pues no se presenta daño alguno para la accionante o su menor hija, esto intenta demostrarlo mediante el argumento temporal que se extiende entre la fecha de nacimiento de la niña (25 de noviembre de 2004) y el momento en que se reclamó la licencia de maternidad por vía de tutela (25 de octubre de 2005).

Por último, advierte el juez de segunda instancia que contra la resolución nro. 2779 de 12 de septiembre de 2005, emitida por el ISS, por medio de la cual se negó la prestación por maternidad de la accionante, no se interpuso recurso alguno, lo que consolida la idea de no conceder la protección constitucional invocada, dado el carácter residual de la acción de tutela, la cual no puede ser utilizada para recuperar oportunidades procesales perdidas.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006), la Sala de Selección dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico y esquema de resolución.

2- De conformidad con los antecedentes expuestos con anterioridad, esta Corporación deberá responder el siguiente problema jurídico: ¿Hay vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones dignas de una madre y de su menor hija cuando la EPS a la que se encuentra afiliada, se niega a reconocer y pagar lo correspondiente a la licencia de maternidad argumentando falta de agotamiento de los recursos en vía gubernativa y extemporaneidad en el pago de los aportes correspondientes a salud, si sabemos que el pago, aunque extemporáneo, fue realizado y además aceptado por la entidad prestadora de salud?

Para resolver el asunto, este Tribunal determinara en primer lugar, cuál es el alcance de la licencia de maternidad para proteger los derechos fundamentales de las mujeres y de la población recién nacida. En segundo lugar, se observaran los requisitos que ha determinado la ley para que una madre pueda acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y la interpretación jurisprudencial que a estos se ha dado, así mismo, se observara la procedencia de la acción de tutela cuando existen otros procedimientos legales para dar solución a conflictos como el que se presenta, o cuando no se agotaron por completo los recursos existentes. De manera paralela a estos dos primeros puntos, se observara la posición de la Corte en lo relativo a la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad. Por último, resolverá el caso

concreto.

La licencia de maternidad es un mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres y de la población recién nacida. Reiteración de jurisprudencia.

3. La Corte Constitucional ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto¹. Esta obligación surge en cabeza del Estado colombiano, entre otras cosas, por la aprobación y posterior ratificación que éste ha hecho de múltiples tratados y convenios internacionales que propenden por la salvaguarda de los derechos de las mujeres y de la niñez. En efecto, instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), incluyen dentro de sus articulados las obligaciones en cabeza de los Estados parte de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo; así mismo, la de dar especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto esto mediante la concesión de una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social².

En virtud de lo anterior, se resalta que la licencia de maternidad es un instrumento idóneo con el fin de garantizar los derechos fundamentales y la protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad y a la población infantil neonata. En consecuencia, tal prestación es inescindible de derechos, tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supraleales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no la desconocen. Es así como la Constitución Colombiana desarrolló una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable (art. 13) y la disposición superior del artículo 43 según la cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte

del Estado y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Sobre esta clase de protección, la Corte ha destacado que “la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género”³.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dicho que el descanso remunerado en la época del parto, consagrado en el artículo 2364 del Código Sustantivo del Trabajo es una de las modalidades para garantizar la especial protección de la mujer dispuesta en el artículo 13 de la Constitución Política⁵. De esta manera, se puede observar que la intención del constituyente y del legislador ordinario al reproducir estas normas, es la de reconocer a la madre un descanso pago con el fin de que se recupere del parto y cuente con la posibilidad de brindarle al recién nacido el cuidado y la atención requeridas⁶. En consecuencia, la eficacia de la cláusula de especial protección establecida por el constituyente depende del cumplimiento de las obligaciones prestacionales consagradas a favor de la mujer y la criatura recién nacida.

Por consiguiente, aun cuando la licencia de maternidad es una prestación económica y para acceder a la misma sea necesario cumplir determinados requisitos previamente establecidos, el pago de tal prestación configura un derecho fundamental por conexidad, por lo que es susceptible de protección por vía de tutela por encontrarse en clara relación con derechos fundamentales de la madre y del recién nacido, como lo son los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud⁷.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Requisitos legales para el acceso al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Reiteración de jurisprudencia.

4- La legislación colombiana para dar desarrollo a lo descrito anteriormente, en lo relativo a las obligaciones surgidas en cabeza del Estado en virtud de los instrumentos internacionales que éste ha ratificado, codificó en la Ley 100 de 1993 un diseño para desarrollar el derecho a la salud en Colombia. En relación con la protección de los derechos a la salud, la vida, el mínimo vital y la protección especial a la mujer embarazada, esta ley consagró que la licencia de maternidad constituye una prestación económica que responde a la contingencia causada por la situación de maternidad de las mujeres. De acuerdo con el artículo 162 de la Ley ídem, el Plan de Salud Obligatorio permitirá “la protección integral de las familias a la maternidad”⁸.

Así pues, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a los afiliados corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las EPS, quienes deberán aplicar el régimen señalado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (art. 172 num. 8). Sin embargo, para hacer efectivo el pago de lo correspondiente a la licencia de maternidad, el conjunto de normas que desarrollan esta temática ha reconocido ciertos requisitos que deben cumplirse para hacer exigible dicha prestación. En efecto, del artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el artículo 3 del Decreto 047 de 2000¹⁰ y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236¹¹ se desprenden estos requisitos, los cuales esta Corte ha simplificado en: (i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho y (iv) no encontrarse en mora en dicho momento¹².

5. Frente a los dos últimos requisitos descritos, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia¹³ que aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía la cotizaciones en salud de una trabajadora, si la EPS demandada no lo ha requerido para que lo hiciera ni

hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS accionada se allanó en la mora del empleador, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora. Ha dicho esta Corporación al respecto 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”¹⁴.

De esta manera, puede decirse que negar las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad con fundamento en el argumento según el cual la solicitante presentó un retraso en el pago de las cotizaciones relativas a salud se traduce en una interpretación de la norma que haría nugatorio el ejercicio del derecho constitucional, optando por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, y contrariando, de esta manera, el artículo 228 de la Carta Política.

6. En lo relativo a otros de los requisitos esgrimidos con anterioridad debe resaltarse, por tener relevancia en el caso concreto, la posición de la Corte respecto del tiempo que tiene la madre para hacer efectivo su derecho ante la jurisdicción constitucional. Al respecto, este Tribunal ha establecido el plazo de un año para que la solicite a través de la acción de tutela, esto cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud no le haya reconocido y pagado la licencia de maternidad a la cual tiene derecho. Esta directriz tiene sustento en la orientación brindada por la Corte Constitucional a partir del año 2003 en virtud de 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”(Sentencia T-549 de 2005. M.P: Jaime Araújo Rentería)

El juicio de procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y

pago de acreencias laborales a personas de especial protección constitucional: El perjuicio irremediable y agotamiento de los medios de defensa de los derechos. Reiteración de jurisprudencia.

7. La Constitución Política de Colombia, en su artículo atinente a la acción de tutela (art.86), ha establecido que ésta procederá siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo de defensa transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es precisamente esta afirmación la que hace de la acción de tutela un elemento de carácter subsidiario y residual.

Empero lo anterior, en múltiple jurisprudencia, esta Corte ha considerado que dicha afirmación no puede ser aplicada con base en una hermenéutica literal. Se ha entendido así, que en lo que tiene que ver con personas sujetos de especial protección constitucional, los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela deben ser analizados de manera menos restrictiva. En efecto, en lo que relativo a los disminuidos físicos y síquicos, niños y las madres cabeza de familia entre otros, esta Entidad ha manifestado que“(…)en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional(…). En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.”¹⁵ (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, la configuración de un perjuicio irremediable y la valoración de la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, como condiciones de procedencia de la tutela, deben ser analizadas dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, esto con el fin de determinar para cada uno, la inminente presencia o posible ocurrencia de un perjuicio

irremediable que llegare a vulnerar los derechos fundamentales de las personas de las que se predique, como ya se dijo, estado de vulnerabilidad y que por ello requieran de mayor protección.

En este orden de ideas, esta Corporación señaló que en la medida en que las consecuencias y repercusiones que los posibles daños y afectaciones a los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional pueden revestirse de una mayor trascendencia, está justificado constitucionalmente darles a los mismos un tratamiento diferencial positivo¹⁶, circunstancia que, eventualmente, puede implicar la ampliación del ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Si vemos estas consideraciones en casos puntuales podemos observar, por ejemplo, que en el caso de los niños, la recreación o la alimentación balanceada cobran una particular importancia que generalmente no es la misma para el caso de los adultos (C.P. artículo 44). De igual forma, la protección a la maternidad en sus primeros meses adquiere una gran relevancia, que justifica un tratamiento preferencial en favor de la mujer (C.P. artículo 43)¹⁷.

Caso concreto

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La entidad demandada, se negó a hacer el pago de dicha prestación pues consideró que en vía gubernativa existían otros mecanismos de índole legal para controvertir la Resolución nro. 2779 del 12 de septiembre de 2005, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, estos mecanismos eran, a su parecer, los recursos de reposición y apelación. En segundo lugar, arguyó que la demandante, para la fecha de causación del derecho, no cumplía con los requisitos exigidos por el Decreto 1804 de 1999, así como tampoco con lo establecido en el Decreto 047 de 2000¹⁸, particularmente, se refiere a los requisitos relativos a haber pagado en forma oportuna al menos cuatro aportes

durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho y el de no encontrarse en mora en dicho momento.

En primera instancia, el juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá negó la solicitud de la demandante por considerar, principalmente, que de proceder la acción de tutela en este caso se demeritaría la autonomía funcional que la Constitución misma reconoce a quienes administran justicia, es decir, el juez de tutela estaría en un campo de acción que, en principio, está reservado expresamente a otra jurisdicción, dando así, relevante importancia a los alegatos de la parte demandada.

En segunda instancia, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la decisión del a quo, además de por la razones expuestas por éste, por considerar que en el caso particular de la señora Solano Vargas no se presenta daño alguno para la accionante o su menor hija, esto intenta demostrarlo mediante el argumento temporal que se extiende entre la fecha de nacimiento de la niña (25 de noviembre de 2004) y el momento en que se reclamó la licencia de maternidad por vía de tutela (25 de octubre de 2005). Así mismo, advierte el ad quem que, tal y como lo enunció la accionada en la contestación de la demanda, contra la resolución nro. 2779 de 12 de septiembre de 2005, emitida por el ISS, por medio de la cual se negó la prestación por maternidad de la accionante, no se interpuso recurso alguno, lo que consolida la idea de no conceder la protección constitucional invocada, dado el carácter residual de la acción de tutela, la cual no puede ser utilizada para recuperar oportunidades procesales perdidas.

9- En virtud de los hechos que fundan esta sentencia y de los enunciados normativos ya expuestos en las consideraciones, parece conveniente entrar a hacer su aplicación al caso concreto.

Como se ve en las pruebas, la señora Solano Vargas se encuentra afiliada a la EPS del Seguro

Social desde 1992, inicialmente como trabajadora dependiente de la empresa Acción Cultural Popular, y desde el año 2001 de la empresa María del Socorro Bonilla & Cia. Ltda. (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols. 1 y ss). Según esto, el requisito que se refiere a la cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación queda satisfecho, pues si se tiene en cuenta la fecha de nacimiento de la hija de la demandante, 25 de noviembre de 2004 (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 4), de manera lógica se puede afirmar, que durante el periodo de gestación la señora Solano Vargas se encontraba cotizando a la EPS a la cual estaba afiliada, por lo que este requisito queda satisfecho.

10- Respecto de los requisitos objeto de controversia de esta demanda, a saber, haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho y no encontrarse en mora en dicho momento, dentro del expediente aparecen como pruebas del pago de los aportes correspondientes a salud que la demandante debió haber hecho, la relación de pago de autoliquidaciones emitida por el Banco de Bogotá, por medio de la cual se constata el pago correspondiente a aportes en salud de los empleados de María del Socorro Bonilla y Cia. Ltda. y los intereses por extemporaneidad (expediente T- 1267478 cuad. 2, fol 7); así mismo, la relación de pagos presentados en el Banco de Bogotá el día 1ro de abril de 2005 en donde consta año de pago extemporáneo, nro. de sticker de pago y valor total pagado (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols 8 y ss). Estos documentos fueron allegados a las instalaciones del Seguro Social en fecha siete (7) de abril de 2005.

En virtud de estas pruebas se constata el pago extemporáneo de la empresa empleadora de la demandante y la no renuencia de la entidad prestadora de salud a la cual está afiliada de recibirlo. Como se vio con anterioridad, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía la cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que dicha EPS se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encontrara obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora. En el expediente no se hace evidente la negativa de la EPS-ISS de aceptar el pago tardío, así como

tampoco, el requerimiento previo para que la empleadora, principal obligada, hiciera efectivo el pago correspondiente a cotizaciones en salud de sus empleados, particularmente, las de la señora Solano Vargas. Por lo anterior, no cabe el argumento dado por la demandada que aduce que para la fecha de causación del derecho, no cumplía con los requisitos exigidos por el Decreto 1804 de 1999, así como tampoco con lo establecido en el Decreto 047 de 2000, por lo que la obligada para hacer el pago correspondiente a la licencia de maternidad no era ella sino la empresa empleadora, la cual había incumplido en el pago de las cotizaciones correspondientes a salud de la señora Solano Vargas.

11- En lo que tiene que ver con los recursos que, según la entidad demandada, podía interponer la accionante contra la Resolución nro. 2779 de 12 de septiembre de 2005, emitida por el ISS, por medio de la cual se negó la prestación por maternidad de la accionante, esta entidad reconoce que la acción de tutela, tal y como lo adujo el ad quem, es de carácter residual, por lo que no se puede pretender utilizarla para recuperar oportunidades procesales perdidas. Sin embargo, es importante observar que, en lo relativo a situaciones como la que acaece en el caso concreto, jurisprudencia de esta Corte ha señalado que la acción de tutela es procedente, de manera excepcional, cuando no se ha hecho uso de los mecanismos judiciales para la protección de los derechos o cuando éstos no se han agotado en su totalidad. También ha reconocido la procedencia del amparo en especialísimos casos en los que no existió un correcto agotamiento de los mecanismos de defensa judicial, pero se encuentra comprometida la efectividad inmediata de un derecho fundamental de personas objeto de una especial protección constitucional, cuya vulneración, de no intervenir el juez de tutela, se haría irremediable¹⁹. Así, ha dicho esta Corporación que “no es suficiente que el juez constitucional afirme que es improcedente la protección que se le solicita, ante la simple existencia de otros medios de defensa judicial, pues está obligado a evaluar si la lesión del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado, podría obtener igual o mayor protección a la que él prodigaría, si el afectado hace uso de los mecanismos ordinarios, y, si su puesta en ejecución, no degeneraría en una lesión mayor de los derechos del afectado, a la que ya ha recibido, o que podría recibir”.

Según el precepto descrito con anterioridad, esta sala deberá analizar si en el caso concreto se demuestra la configuración de un daño irremediable que amerite la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso sub examine. Como se observa en el expediente, según el Formato de relación mensual de incapacidades y licencias por maternidad para reconocimiento por la EPS-ISS (T- 1267478 cuad. 2, fol. 21), para el momento del nacimiento de la hija de la demandante, ésta percibía por concepto de sueldo la suma de trescientos cincuenta y ocho mil pesos (\$358.000), lo que correspondía al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2005. Según el relato de los hechos, puede presumirse que la suma enunciada era el único ingreso que la señora Vargas Solano tenía para su manutención y la de su menor hija, por lo que el no reconocimiento del pago de la licencia de maternidad pondría en peligro los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de la demandante y de su menor hija. Es permisible entender de manera lógica que esto sea así, pues si la accionante tiene como base económica de sobrevivencia el sueldo que percibe como empleada de la empresa María del Socorro Bonilla & Cia Ltda. y ha dejado de percibirlo, como consecuencia de la incapacidad de 84 días que le concedió el médico que la atendió durante el embarazo y posterior parto, significa que durante el tiempo que ha dejado de laborar ha tenido que recurrir a otros medios para suplir sus necesidades, las cuales deberían ser satisfechas por la licencia de maternidad objeto de esta pugna.

Cabe resaltar, así mismo, que el hecho narrado por la demandante, relativo a la difícil situación económica en la que se encuentra debido a la negativa por parte de la EPS-ISS de hacer efectivo el pago correspondiente a la licencia de maternidad, no fue desvirtuado por la accionada, por lo que debe proceder la presunción que la Corte Constitucional ha señalado referente a que se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo y/o cuando este es su única fuente de ingreso²⁰.

Por último, debe esta Sala pronunciarse respecto del argumento planteado por el juez de segunda instancia que aducía que la tutela no debía proceder por estar descartada la inminencia de un daño para la accionante o su menor hija, ya que pasó, según el ad quem,

más de un año desde el momento de nacimiento de la niña y la fecha en que se vino a reclamar la licencia de maternidad. Esta Corte observa de la situación fáctica del presente caso que de la fecha de nacimiento de la menor (25 de noviembre de 2004) a la fecha en que se interpuso la acción de tutela (25 de octubre de 2005) no ha pasado el término que jurisprudencialmente se ha dado para la procedencia de la acción por este precepto temporal, esto es de un año a partir de la fecha de nacimiento de neonato. Al respecto, esta Entidad ha dicho: “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”²¹ (negritas fuera del texto).

Aunque se encuentra probado que la demandante interpuso la acción de tutela en tiempo, es decir, dentro de los dos límites de tiempo a tener en cuenta, la fecha de nacimiento del menor y la fecha en que se inicia el procedimiento de tutela ante la jurisdicción constitucional, debe observarse, por ser no menos importante, los demás esfuerzos, algunos fácticos y otros de derecho, que hizo la accionante para propender por hacer efectivo el reconocimiento y pago a la licencia de maternidad a la cual tenía derecho. Si observamos esto, podemos ver que desde el día 7 de enero de 2005, casi mes y medio después del nacimiento de su hija, la señora Solano Vargas se acercó a la instalaciones del ISS para solicitar el pago de la prestación a la que tenía derecho. De igual forma, mediante derecho de petición de fecha 8 de septiembre de 2005 (expediente T- 1267478 cuad. 2, fols 11 y 12), la empleadora de la demandante solicitó se le concediera a ésta el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Por todo lo anteriormente descrito, esta Sala considera que la acción de tutela instaurada por la Señora Maria Briceida Solano Vargas está llamada a prosperar, toda vez que satisface los

requisitos de procedibilidad que para casos como el que se estudia, la Corte ha determinado para la protección de los derechos invocados en la demanda.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión adoptada el dieciséis (16) de noviembre de 2005 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Civil del Circuito de Bogotá en la cual denegó el amparo solicitado por la señora María Briceida Solano Vargas, dentro del trámite de la acción instaurada contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la vida digna, a la maternidad, y al mínimo vital de la demandante y a la protección a la recién nacida.

Segundo. ORDENAR al ISS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a partir de la notificación de este fallo, proceda a pagar a la actora el valor de la licencia de maternidad que le corresponde.

Tercero. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUE JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Ver sentencia T-947 de 2005

2 El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...”. Así mismo, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador aduce: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4 El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso.

5 Ver entre otras , sentencias T- 947 de 2005 y T-444 de 2005.

6 Ver sentencia T-549 de 2005.

7 Ver sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999, T-497 de 2002, T-664 de 2002 y T-682 de 2005.

8 El texto completo del artículo 162 señala: “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

9 Artículo 63. “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 período igual al período de gestación”.

10 “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”. El artículo 3 señala: “Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: 1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. 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 todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. 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 con 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...”

11 “La trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico en el cual debe

constar: El estado de embarazo de la trabajadora; La indicación del día probable del parto; La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos ha de iniciarse dos semanas antes del parto”.

12 Ver también: sentencias T-947 de 2005, T-921 de 2005, T- 444 de 2005 y T-641 de 2004

13 Ver entre otras, sentencias: T-921 de 2005, T-640 de 2004, T-605 de 2004, T-390 de 2004, T-885 de 2002, T-880 de 2002 y T-467 de 2000.

14 Ver sentencias T- 355 de 2005, T-350 de 2005, T-147 de 2005 y T-664 de 2002 entre otras.

15 Ver entre otras: sentencias T-043 de 2005, T- 859 de 2004, T-456 de 2004 y T-789 de 2003

16 Sentencias T-416 de 2001 y T-347 de 1996

17 Sentencia T-043 de 2005.

18 Ver los requisitos expuestos en el acápite de esta sentencia titulado “Requisitos legales para el acceso al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”.

19 Ver sentencias T- 043 de 2005, T-384 de 1998

20 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T- 921 de 2005, T-641 de 2004, T-1013 de 2002, T-707 de 2002, T-158 de 2001, T-1081 de 2000 y T-241 de 2000

21 Sentencia T-999 de 2003. Ver también: T-921 de 2005, T-640 de 2004, T-605 de 2004, T-1155 de 2003 y T-1014 de 2003,