

Sentencia T-389/04

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglamentación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

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

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

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-856161

Acción de tutela instaurada por Olga Lucía Barrero Cárcamo contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cesar

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa, 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, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Olga Lucía Barrero Cárcamo contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cesar.

1. ANTECEDENTES.

Olga Lucía Barrero Cárcamo interpuso acción de tutela el día 23 de septiembre de 2003, solicitando que le sean protegidos sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la dignidad humana, derechos que considera afectados por el Instituto de Seguros Sociales,

Seccional Cesar. En su escrito de tutela, la demandante relató los siguientes:

## 2. HECHOS

2.1 Labora como empleada del servicio doméstico de la señora Raquel Antonia Orozco Yance, quien la afilió al Instituto de Seguros Sociales.

9.1 El 25 de agosto de 2003 presentó escrito de petición ante el Comité de Incapacidades del Instituto de Seguros Sociales, solicitando el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.

9.2 La entidad demandada dio respuesta negativa a dicha solicitud, argumentando que la prestación reclamada por la señora Barrero Cárcamo era improcedente, pues no había cotizado de manera ininterrumpida durante el período de gestación.

9.3 Sostiene haber efectuado los aportes correspondientes a todo el período en mención, aunque en ocasiones, de forma extemporánea, debido a ciertas dificultades económicas.

## 3. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

3.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Barrero Cárcamo<sup>1</sup>.

9.2 Copia del formato de relación de incapacidades y licencias de maternidad para reconocimiento por la E.P.S. del Seguro Social, en donde aparece relacionada la solicitante<sup>3</sup>.

9.3 Copias de los formatos de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral, en donde consta el pago de los aportes correspondientes a los meses de marzo a noviembre de 2002<sup>4</sup>.

9.4 Copia del certificado de licencia de maternidad a partir del 24 de noviembre de 2002, expedido por el Instituto de Seguros Sociales<sup>5</sup>.

9.5 Derecho de petición elevado por la accionante ante el Gerente de la entidad demandada, solicitando el pago de los dineros correspondientes a la licencia de maternidad, con fecha de recibido el 28 de agosto de 2003<sup>6</sup>.

9.6 Copia de la respuesta negativa emitida por dicha entidad, aduciendo que la empleadora está en mora en el pago de las autoliquidaciones al momento de efectuar el cobro de la licencia de maternidad<sup>7</sup>.

9.7 Formato de corrección de datos errados o no diligenciados en el formulario de autoliquidación inicial, mediante el cual se corrige un error en el número de la cédula de la peticionaria, en los formularios de autoliquidación correspondientes a los meses de junio y julio de 2002.

#### 4. RESPUESTA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL CESAR

El Gerente Seccional I.S.S. Cesar manifestó que la empleadora, señora Orozco Yance, dejó de cotizar al Seguro Social durante una parte del período en que la afiliada se encontraba en licencia de maternidad, pues dicha licencia tuvo lugar entre el 24 de noviembre de 2002 y el 15 de febrero de 2003, y ésta dejó de cotizar desde el 12 de diciembre de 2002, es decir, 46 de los 84 días en que la afiliada gozó de la licencia.

Señaló así mismo, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 806 de 1998 y en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, como el empleador incurrió en mora en la cancelación de sus aportes al sistema, durante el período de la licencia, éste deberá asumir el pago de la incapacidad por maternidad, caso en el cual se suspende para la E.P.S. el pago de esta prestación económica.

Por último, solicitó al Juez de conocimiento no condenar al Seguro Social al reconocimiento de las prestaciones económicas pretendidas por la demandante, pero que éstas le sean garantizadas obligando a la empleadora a reconocerlas.

#### 5. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Señaló así mismo el a quo que, según lo anterior, y teniendo en cuenta que la actora interpuso la tutela el 24 de septiembre de 2003, es decir, siete meses después de concluido el período de licencia de maternidad, es de observar que ella ya ha reingresado a sus labores, percibiendo nuevamente los ingresos derivados de su trabajo, que le permiten satisfacer sus necesidades mínimas. Por tanto, lo que se persigue actualmente es un simple

crédito a cargo del Seguro Social, que debe ser reclamado ante la Jurisdicción laboral, encargada de dirimir ese tipo de conflictos.

## 6. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 6.1 Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso en la Sala de Selección No. 3 de 4 de marzo de 2004.

### 6.2 El problema jurídico planteado.

A esta Sala corresponde resolver la siguiente cuestión: ¿El no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte del Instituto de Seguros Sociales, por mora del empleador, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de la solicitante y de su hijo recién nacido?.

### 6.3 Protección constitucional a la mujer embarazada

El ordenamiento jurídico colombiano establece garantías especiales para proteger a la mujer, particularmente cuando ésta se encuentra en estado de embarazo. Es así como nuestra Carta Fundamental establece que la mujer gozará de especial protección del Estado durante el embarazo y después del parto, como mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (C.P. arts. 1º, 13 y 43).

Por otra parte, la preceptiva superior no sólo busca proteger a la mujer embarazada sino a la madre, como un mecanismo de protección de los derechos de los niños, los cuales, según el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás.

### 6.4 Reglamentación sobre la licencia de maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

En armonía con la disposición superior, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236, subrogado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, estipula lo siguiente:

“ Artículo 34 - 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable de parto, y

c) 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.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

Parágrafo. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio”.

A más de lo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la licencia de maternidad, así como las prestaciones económicas que de ella se derivan, deben ser asumidas por el Instituto de Seguros Sociales y por las empresas promotoras de salud con cargo al fondo de solidaridad del sistema de seguridad social en salud.

Así mismo, el Decreto 1406 de 1999 que creó el régimen de recaudación de aportes que

financian el sistema de seguridad social integral, en su artículo 40, párrafo 2 establece que durante los períodos de licencia de maternidad, las afiliadas deberán presentar su autoliquidación de aportes al sistema a través de su empleador, por todo el tiempo que dure dicha licencia. El texto de la norma es el siguiente:

ART. 40 - PAR. 2°. Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar su autoliquidación de aportes al sistema a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.

Por su parte, el decreto reglamentario 047 de 2000 determina el período mínimo de cotización para obtener el pago de la licencia de maternidad, estipulando que el pago correrá por cuenta del empleador cuando cotice un período inferior al de la gestación, o incumpla las condiciones previstas para el pago de prestaciones económicas. La norma señala lo siguiente:

“ART. 3º—Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

“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.”

6.5 Procedencia excepcional de la tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad.

Como es sabido, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho prestacional que en principio no podría ser objeto de amparo constitucional, toda vez que la afectada cuenta con un mecanismo judicial idóneo y adecuado para solicitar la cancelación de dicha prestación, cual es el proceso ejecutivo laboral ante la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la Corte ha establecido la necesidad de materializar la especial protección que debe garantizar el Estado a la mujer, según el mandato constitucional consagrado en el

artículo 43. Así, en múltiples pronunciamientos esta Corporación ha determinado la procedencia del pago de la prestación a que se viene haciendo referencia, a través de la acción de tutela, en caso de que la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependan del pago de la misma<sup>9</sup>.

## 7. ALLANAMIENTO A LA MORA

Los empleadores tienen ciertos deberes legales, como inscribir a sus empleados en una empresa promotora de salud, pagar cumplidamente los aportes que les corresponde, descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores y girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la E.P.S. (Art. 161 Ley 100 de 1993).

Cuando el empleador omite uno cualquiera de estos deberes, en principio, tiene la obligación de asumir los costos de la seguridad social y la Entidad Promotora de Salud a su turno, tendrá derecho a esgrimir la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligada a satisfacer las prestaciones debidas (Arts. 79, 80 y 81 del Decreto 806 de 1998; art. 1609 del Código Civil).

Sin embargo, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera de la fecha límite de pago conforme a las normas reglamentarias, o se ha omitido el pago de alguna cotización durante el período exigido, pero la entidad promotora de salud ha hecho caso omiso de ello sin pronunciarse oportunamente, la reiterada jurisprudencia de la Corte ha previsto el fenómeno del allanamiento a la mora. Bajo tales presupuestos la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad, por cuanto esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos), por los cauces jurídicos que tiene a su disposición, pues no es la parte más débil de la relación (madre y recién nacido) que en ese preciso momento necesita ser asistida, quien debe soportar las controversias suscitadas en torno a la relación contractual, afectando con su actitud el mínimo vital de la madre<sup>10</sup>.

Al respecto la Corte ha expresado:

“Deberá reiterarse, que las entidades promotoras de salud no pueden negar las prestaciones causadas debidamente a favor de los trabajadores beneficiarios, cuando se han allanado a la

presunta mora del empleador, toda vez, que una actitud omisiva en el requerimiento al causante de la misma, no puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones”<sup>11</sup>.

## 1. OPORTUNIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

A partir de la sentencia T-999 de 2003<sup>12</sup>, con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, se planteó un cambio de jurisprudencia en el tema que nos ocupa, y consideró la Corte que la tesis mantenida previamente, que establecía la garantía de la vigencia de la licencia de maternidad (84 días) como plazo oportuno para interponer la acción de tutela, establecida previamente, se convirtió con el tiempo en un formalismo utilizado por las empresas promotoras de salud que hacía nugatoria la protección efectiva de las garantías con las cuales debe contar la mujer durante el embarazo y después del parto, así como el recién nacido. Sobre ese presupuesto, la Corte amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño<sup>13</sup>. La sentencia lo estableció en los siguientes términos:

“Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, (sic) referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

“Bajo ese entendido, (sic) es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido.”

Lo anterior significa entonces, que a partir de la sentencia en comento, para que el amparo constitucional sea viable, el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad debe ser planteado ante los jueces de tutela durante el primer año de vida del niño.

## 9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De acuerdo con los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, así como con los parámetros jurisprudenciales sentados por esta Corporación en relación con la prestación económica de la licencia de maternidad, se colige lo siguiente:

9.1 La actora labora como empleada del servicio doméstico de la señora Raquel Antonia Orozco Yance, quien, según la entidad demandada, efectuó de manera extemporánea algunos aportes durante su período de gestación y, además, dejó de cotizar desde el 12 de diciembre de 2002, es decir, cuando aún transcurría el lapso correspondiente a la licencia de maternidad de la demandante (del 24 de noviembre de 2002 al 15 de febrero de 2003).

9.2 No obstante, el I.S.S. Seccional Cesar se allanó a la mora, pues no ejerció las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (cotizaciones, aportes o intereses moratorios por pagos extemporáneos), razón por la cual no puede alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante.

9.3 La acción de tutela fue instaurada por la señora Barrero Cárcamo el día 23 de septiembre de 2003, fecha para la cual habían transcurrido 10 meses contados a partir del nacimiento de su hijo, es decir que, según los considerandos de la presente providencia, se cumple con el requisito de la oportunidad exigido para la procedencia del amparo de los derechos fundamentales de la peticionaria y de su pequeño hijo.

Por estos motivos se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero de familia de Valledupar, y en su lugar, se concederá el amparo constitucional de los derechos al mínimo vital, a la vida y a la dignidad humana, invocados por la actora.

#### 10. DECISIÓN.

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

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2003 por el Juzgado Primero de Familia de Valledupar. En su lugar, se CONCEDE la tutela de los derechos fundamentales invocados por la demandante.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Olga Lucía Barrero Cárcamo, con el objeto de hacer efectiva la especial protección que la Constitución prescribe para las mujeres en las condiciones en que se encuentran ella y su hijo.

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

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Cfr. Folio 6.

2 Cfr. Folio 7.

3 Cfr. Folio 8.

4 Cfr. Folios 9 a 17.

5 Cfr. Folio 18.

6 Cfr. Folio 19.

7 Cfr. Folios 20 a 22.

8 Cfr. Folio 23.

9 Ver, entre otras, las sentencias: T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999, T-258 de 2000, T-467 de 2000, T-1168 de 2000, T-075 de 2001, T-157 de 2001, T-161 de 2001, T-473 de 2001, T-736 de 2001, T-1002 de 2001, T-1224 de 2001, T-707 de 2002, T-996 de 2002, T-885 de 2002, T-773 de 2002, T-460 de 2003.

10 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-059 de 1997, T-458 de 1999, T-765 de 2000, T-473 de 2001, T-221 de 2002, T-664 de 2002, T-707 de 2002, T-880 de 2002, T-996 de 2002, T-553 de 2003 y T-931 de 2003.

11 Sentencia T-1224 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

12 Previo a esta sentencia, la Corte sostuvo en su jurisprudencia el criterio según el cual, para que la afección al mínimo vital de la madre y el recién nacido generara amparo constitucional, era preciso que el pago de dicha prestación se planteara ante los jueces de tutela durante la vigencia de la licencia, es decir, dentro del término de los 84 días que establece la ley. Si transcurría el término de la licencia sin que se hubiese hecho efectivo su pago, se estaba ante un perjuicio causado y por ello no era viable la protección constitucional

de los derechos.

13 Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la sentencia T-1014 de 2003.