

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho al pago

La licencia de maternidad es un derecho de carácter legal y, por ende, el mecanismo judicial idóneo para exigir su cancelación es el proceso ejecutivo laboral, sin embargo, la acción de tutela es procedente para ordenar el pago oportuno de la prestación económica, cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y el recién nacido, por cuanto la madre y su hijo tienen especial protección consagrada en los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política. En este caso, la entidad demandada se negó a cancelar la licencia de maternidad, por cuanto el empleador se encontraba en mora en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud. Por consiguiente, la Sala considera que la posición asumida por el demandando es conforme a la normatividad vigente sobre la materia.

Referencia: expediente T- 409601

Acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Gutiérrez Gutiérrez contra el Instituto de Seguro Social I.S.S.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá, D.C., mayo diez (10) de dos mil uno (2001).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Gutiérrez Gutiérrez contra el Instituto de Seguro Social I.S.S.

I. ANTECEDENTES.

1. La peticionaria manifiesta que solicitó al Instituto de Seguro Social el pago de la licencia de maternidad.
2. La entidad demandada negó el pago de la prestación económica, porque el empleador se encontraba en mora en el pago de los aportes.
3. Como consecuencia de lo anterior, la accionante considera vulnerados sus derechos a la vida y al mínimo vital.

Pretensión.

La peticionaria solicita se ordene al demandado el pago inmediato de la licencia de maternidad.

Sentencia objeto de revisión.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, mediante providencia del treinta (30) de Octubre de dos mil (2000), negó el amparo pretendido, considerando que el derecho invocado, pago inmediato de la licencia de maternidad, tiene naturaleza legal, por tanto, no es objeto de protección por vía de acción de tutela. Además, el juez manifiesta que se debe acudir a los procedimientos judiciales ordinarios, para de esa manera debatir la pretensión de la demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El problema jurídico planteado.

La actora, afiliada al Instituto de Seguro Social, el día veintinueve (29) de julio de 2000 dio a luz un niño en la clínica de la entidad demandada, la cual no reconoció la licencia de maternidad porque existió mora patronal en la cancelación de las cotizaciones. Por ello la actora considera que el Instituto de Seguro Social le está vulnerando sus derechos a la vida y al mínimo vital y, en consecuencia, solicita que el juez de tutela ordene el pago de la licencia de maternidad.

La solución del problema.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado la procedencia excepcional de la

acción de tutela, para exigir el pago oportuno de la licencia de maternidad,¹ cuando se afecta el mínimo vital de la madre y el niño². Sobre el particular ha afirmado la Corporación:

“La Corte Constitucional ha señalado en varias de sus sentencias que la licencia de maternidad genera dos situaciones particulares: se instituyó como una garantía laboral que tiene la mujer que ha dado a luz, para disponer de un periodo de ochenta y cuatro (84) días, a efectos de recuperarse físicamente y poder permanecer al lado de su nuevo hijo, y, de otra parte, garantizarle un ingreso económico que percibiría si siguiera laborando normalmente, y que tiene objeto también, respaldar los gastos de la madre y su hijo. De esta manera el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad garantiza la subsistencia de la madre y el niño, mientras la madre se reincorpora a su actividad laboral.

Es por ello, que la mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez y a quien se le niegue 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 al Estado, la obligación de dar una especial protección a la mujer embarazada desde el mismo momento de la concepción.

Para la Corte, la protección que la Carta Política de 1991 impone a favor de la mujer embarazada coincide con la que se prodiga en el mismo ordenamiento a los niños y a las personas de tercera edad y encuentra su fundamento no solo en nuestro Ordenamiento Superior sino en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia a los cuales el interprete debe acudir, cuando la normatividad interna resulte insuficiente o confusa respecto al reconocimiento y especial protección de los derechos fundamentales.

De esta manera, el pago de la licencia de maternidad, resulta procedente de manera excepcional por vía de tutela, cuando con su no reconocimiento se esté poniendo también en peligro, el mínimo vital de la madre y el recién nacido.”³ (Subraya la Sala).

Por consiguiente, la licencia de maternidad es un derecho de carácter legal y, por ende, el mecanismo judicial idóneo para exigir su cancelación es el proceso ejecutivo laboral, sin embargo, la acción de tutela es procedente para ordenar el pago oportuno de la prestación económica, cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y el recién nacido, por cuanto la madre y su hijo tienen especial protección consagrada en los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de

la Constitución Política. Sobre los casos en los cuales la acción de tutela es procedente para proteger a la mujer en estado de gravidez, la Corte Constitucional ha expresado:

“a) Si bien el artículo 43 de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental por conexidad con otros derechos como la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebe. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieren categoría ius fundamental. Sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999.

b) El derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido. Sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999,

c) En virtud de lo anterior, el pago de la prestación económica debe discutirse ante la jurisdicción ordinaria competente, salvo si existe afectación del mínimo vital, en cuyo caso, adquiere competencia la jurisdicción constitucional. Sentencias T-139 de 1999, T-210 de 1999.

d) En aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital. Sentencia T-270 de 1997, T-567 de 1997”4.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha manifestado que el pago de la cotización es indispensable para adquirir los derechos asistenciales y económicos de la seguridad social⁵. Sobre el tema, la Corporación ha expresado:

“Esta Corte, en el caso de las licencias de maternidad, se han protegido los derechos tanto de la madre como del niño, ordenando el pago de dicha prestación, que corresponde precisamente a los salarios que devengaría la madre si hubiese continuado laborando. Y se ha concedido el amparo precisamente porque se encuentra que los dineros correspondientes a la licencia de maternidad van a permitir a madre e hijo una subsistencia digna durante ese período.

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”6. (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional en sentencia T-978 del 2000, indicó de igual forma que:

“El sistema general de seguridad social en salud en Colombia, prevé dos tipos de afiliación permanente al mismo. En primer lugar, el régimen contributivo, del cual hacen parte las personas que tienen capacidad de pago, esto es, quienes se encuentran vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los jubilados y los trabajadores independientes. Para adquirir los derechos del sistema, estas personas asumen la primera y principal obligación: pagar un porcentaje de sus ingresos, que se denomina cotización. Los afiliados al régimen contributivo adquieren los derechos a la atención en salud en urgencias, los que señala el POS, y al reconocimiento de las prestaciones económicas señaladas en la ley.

En segundo lugar, son beneficiarios del régimen subsidiado, las personas más pobres y vulnerables del país, por lo que el pago de la cotización será subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad que señalan las disposiciones correspondientes (art. 221 Ley 100 de 1993). Este régimen tiene como único propósito financiar la atención en salud de los grupos familiares de quienes no tienen capacidad de cotizar. Pero, no debe olvidarse que, aún en este régimen, la transferencia de la cotización a la EPS es determinante para garantizar la eficiencia y equilibrio del sistema”7. (Subraya la Sala).

En este caso, la entidad demandada se negó a cancelar la licencia de maternidad, por cuanto el empleador se encontraba en mora en el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud (folio 4). Por consiguiente, la Sala considera que la posición asumida por el demandando es conforme a la normatividad vigente sobre la materia.

En efecto, el parágrafo del artículo 161 de la ley 100 de 1993, establece 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”.

En igual sentido, el artículo 80 del decreto 806 de 1998, 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”.

En consecuencia, corresponde al empleador incumplido asumir el pago total de la prestación económica respectiva. Sin embargo, la Sala de Revisión concluye que, por un lado, al no haberse dirigido la acción en contra del empleador, mal podría ser condenado ahora en sede de tutela y, por otro, el Seguro Social no vulneró los derechos de la accionante, pues no estaba obligado a pagar la licencia de maternidad. Sobre este punto, la Corte Constitucional en un caso semejante expresó:

“se estima legítima la conducta asumida por el ente demandado, pues debe tenerse en especial consideración que los recursos del sistema de seguridad social en salud son escasos, y que la efectiva cobertura a los afiliados y beneficiarios depende de los aportes que hagan las personas pertenecientes al régimen contributivo. Solo así podrá darse plena vigencia a los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad y equidad que rigen la prestación de este servicio público esencial y obligatorio (artículos 1 2, 48, 49, 209, 365 y 366 de la Carta, en concordancia con los artículos 1, 2, 3, 4, 152, 153 y 156 de la Ley 100 de 1993).

Si se presenta la evasión de responsabilidades de quienes tienen capacidad económica para colaborar con la financiación del sistema de seguridad social, se pone en peligro el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho. Cabe recordar que, según lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución, las personas deben actuar conforme al principio de solidaridad social y deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, conforme a los conceptos de justicia y equidad.

Por lo anterior, resulta razonable que si el patrono se desentiende de sus obligaciones de afiliación y contribución al sistema de seguridad social, deba entonces asumir todas las

cargas económicas que genere su reproachable conducta.

Así, pues, en el caso concreto no existe conducta arbitraria por parte del Seguro Social, aunque no sobra recalcar que el trabajador puede exigir del patrono los tratamientos médicos y quirúrgicos que requiera para obtener su recuperación y rehabilitación.

En todo caso, es importante aclarar, siguiendo las pautas trazadas en la sentencia de constitucionalidad antes citada que, como en el asunto bajo examen existió mora patronal, no es justo que opere la suspensión de la afiliación y que el trabajador pierda su antigüedad en el sistema. El efecto que genera dicho incumplimiento consiste en que el empleador debe asumir todos los costos que ocasione la atención de la salud del actor”8.

Por lo tanto, la Sala considera procedente confirmar la sentencia de octubre treinta (30) de 2000, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el Fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, emitido el treinta (30) de octubre de 2000, al resolver sobre la acción de tutela incoada por Martha Cecilia Gutiérrez Gutiérrez contra el Instituto de Seguro Social.

SEGUNDO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR QUE:

La Honorable Magistrada doctora CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, no firma la presente providencia, por encontrarse en cumplimiento de comisión oficial en el exterior debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sobre el tema ver las sentencias: T-258 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández; T-466 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-467 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-668 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-706 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-783 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-978 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1090 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Sobre el concepto de mínimo vital, la Corte Constitucional ha expresado: “Para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”. (Sentencia T-011 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández).

3 Sentencia T-743A de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Sentencia T-765 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sobre el particular, la sentencia C-177 de 1998 abordó la problemática de la mora de los aportes obrero patronales al sistema de seguridad social y la consiguiente responsabilidad en que incurren los patronos en forma directa en la asunción de los riesgos de la seguridad social de los trabajadores.

6 Sentencia T-258 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

8 Sentencia T-259 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.