

## SENTENCIA T-493/08

( Mayo 15 de 2008 )

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia/LICENCIA DE MATERNIDAD Y ALLANAMIENTO A LA MORA-La EPS recibió la totalidad de los aportes así hubiera sido de manera extemporánea

Referencia: Expediente T-1.799.790

Accionante: Suanny Vásquez Martínez

Accionado: SALUDCOOP E.P.S.

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia de agosto 31 de 2007 del Juzgado Primero Civil Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal - Risaralda (no impugnada).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Pretensión

La accionante interpuso acción de tutela<sup>1</sup> contra SALUDCOOP E.P.S, en protección de su derecho al mínimo vital que consideró vulnerado por la negativa de la entidad a pagarle la licencia de maternidad, por lo cual solicitó del juez de tutela una orden a la accionada para que realice la liquidación y entrega a su favor de los dineros correspondientes a la licencia de maternidad.

1.1. Expresó que el pago de su licencia de maternidad debe hacerse con base con base en el salario de \$421.091, teniendo en cuenta que en las liquidaciones de sus aportes la accionada ha descontado mensualidades de \$54.250 cada una, por lo que le deben cancelar el excedente, que asciende a \$998.199.00.

1.2. Señaló que es cotizante como trabajadora dependiente de la citada E.P.S., habiendo sido atendida en procedimiento de parto normal en la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl, donde le expedieron incapacidad por espacio de 84 días, a partir del 23 de abril hasta el 15 de julio del 2007. Indicó que SALUDCOOP le negó la entrega del dinero que le corresponde por la licencia de maternidad, de 84 días, aduciendo varios pretextos entre ellos, que el empleador aparece con deuda en dicha EPS.

1.3. Manifestó que esta negativa la tiene perjudicada por cuanto su hija recién nacida y ella se han privado de elementos esenciales, afectándose el mínimo vital. Agregó que al momento en que SALUDCOOP E.P.S. la afilió al sistema de seguridad social en salud no le entregó ninguna información sobre la manera de acceder a los servicios y al pago de las incapacidades como sucede con la licencia de maternidad. Afirmó igualmente que durante el tiempo que asistió a los controles en el período de embarazo, no se le informó sobre la existencia de algún contratiempo, señalando que solamente ha utilizado parte del dinero de la licencia para descontar cuatro mensualidades, en atención a que le insinuaron que se podía pagar de esa manera.

## 2. Respuesta de la entidad accionada

SALUDCOOP E.P.S. a través del Gerente Regional, manifestó que no resultó factible acceder al pago de la licencia de maternidad teniendo en cuenta que su empleador Dorance Muñoz se encuentra en mora en el pago de los aportes a la EPS.

2.1. Fundamentó el no pago de la licencia de maternidad, en la normatividad contenida en los Decretos 806 de 1998, 1804 de 1999 y 047 de 2000, señalando que si el empleador no canceló la totalidad de los aportes, es a él a quien corresponde pagar dicha prestación.

2.2. Manifestó que, no obstante lo anterior y a fin de no afectar el mínimo vital de su núcleo familiar, le hizo dos pagos de la licencia de maternidad a través de autoliquidación así: uno en la autoliquidación No. 11026886105 por valor de \$ 115.733 y otro en la autoliquidación No. 1102686106 por valor de \$434.000. Señaló que en la actualidad queda un saldo por pagar de la licencia de maternidad de \$ 665.466 por cuanto el empleador se encuentra en mora.

2.3. Concluyó que en el presente caso la accionante tiene derecho al servicio requerido durante el parto, pero como no demostró el perjuicio irremediable, no es procedente la acción de tutela para reclamar los dineros que se le adeudan por concepto de la licencia de maternidad y pide que se vincule al empleador.

### 3. Hechos relevantes y medios de prueba

#### 3.1. Hechos que apoyan la pretensión:

3.1.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante<sup>2</sup>. Fotocopia del Carnet de afiliación a SALUDCOOP donde consta que la accionante está afiliada desde el 28 de septiembre de 20013.

3.1.2. Fotocopia de la certificación expedida por el Departamento de Cartera de SALUDCOOP EPS de fecha agosto 6 de 2007, en la que consta que la accionante se encuentra afiliada al Plan Obligatorio de Salud en calidad de cotizante desde el 28 de agosto de 2001 y que actualmente lo hace a través del empleador José Dorance Muñoz Castro, quien ha efectuado aportes al Sistema de Salud desde el período de octubre de 2004 hasta el período de julio de 2007 y se encuentra a paz y salvo por conceptos de aportes al Sistema.<sup>4</sup>

3.1.3. Fotocopia de la Incapacidad de la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal con ocasión del parto de la accionante por 84 días a partir del 23 de abril de 2007 hasta el 15 de julio de 2007 por licencia de maternidad.<sup>5</sup>

3.1.4. Fotocopias de los formularios de autoliquidación de aportes de fechas 4 de abril de 2007, 1 de junio de 2007, 5 de julio de 2007 y 2 de agosto de 2008.<sup>6</sup>

#### 3.2. Hechos que apoyan la oposición.

Comunicación de 29 de agosto de 2007, originaria del Coordinador de Cartera de Saludcoop y dirigida al Señor José Dorance Muñoz, donde le informan que la empresa registra un saldo

en mora por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad social en Salud, desde el período de abril de 2005, que asciende a la suma de \$280.598 y piden la verificación y comentarios antes del 29 de septiembre de 2007.7

4. Fallo objeto de revisión: sentencia de agosto 31 de 2007 del Juzgado Primero Civil Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal - Risaralda ( No impugnado).

El Juzgado concedió la tutela solicitada por la accionante en contra de la E.P.S. SALUDCOOP y ordenó entregar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad requerida, y declaró que la E.P.S tiene derecho al reembolso de lo pagado ante el FOSYGA, dentro de los diez días siguientes a la presentación de las respectivas cuentas de cobro.

Manifestó que el Constituyente de 1991 estableció que la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de especial asistencia y protección del Estado. El derecho a la licencia de maternidad, al representar el salario que la madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar, adquiere el carácter de fundamental por su conexidad con los derechos como la vida digna, la salud, la seguridad social y los derechos del menor, y por tanto es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas.

Señaló que la entidad que está obligada al pago de la licencia es la empresa prestadora de servicios de salud, y si el empleador no realizó los pagos oportunamente o son rechazados por extemporáneos, el empleador es quien debe asumir el pago de esa prestación económica. Pero si los pagos extemporáneos fueron aceptados por la Empresa Prestadora de Servicios de salud, se produce el allanamiento a la mora, y en consecuencia no se puede negar al pago de la licencia de maternidad<sup>8</sup>.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Corporación es competente para conocer de la sentencia 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, en cumplimiento del Auto de treinta y uno de enero de dos mil ocho proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte Constitucional.

## 5. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la E.P.S. SALUDCOOP vulneró el derecho fundamental a la protección especial de la maternidad y al mínimo vital de la accionante y su hija menor recién nacida, al no cancelar la totalidad de la licencia de maternidad. Deberá precisar igualmente si se ajusta a la Constitución y a la ley el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA ordenada en el fallo de tutela a favor de la accionada.

Con el fin de resolver el planteamiento jurídico anterior se hará referencia a; (i) Reiteración de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la licencia de maternidad; (ii) el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

### 5.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la licencia de maternidad. Reiteración.

El tema de la licencia de maternidad ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación y sobre el particular, ha precisado que: (i) es de relevancia Constitucional, en atención a que de conformidad con lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución la mujer durante el embarazo y después del parto debe gozar de especial protección del Estado; (ii) el plazo para la presentación de la acción de tutela como mecanismo para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es de un año contado a partir del nacimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución Política<sup>9</sup>; (iii) cuando el derecho al mínimo vital de la madre y el recién nacido se encuentra amenazado por el no pago de la licencia de maternidad, se convierte en un derecho fundamental, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela; (iv) se presume la afectación del derecho fundamental al mínimo vital cuando la madre devenga un salario mínimo, es su única fuente de ingreso que permanece durante el año siguiente al parto y le corresponde a la EPS en estos casos o al empleador desvirtuar esta presunción; (v) ante un eventual incumplimiento de algunos de los requisitos para la causación del derecho al pago de la licencia de maternidad,<sup>10</sup> para el caso de las trabajadoras dependientes cuando el empleador hubiere pagado de manera tardía las cotizaciones a la salud pero la EPS demandada no lo hubiere requerido para que hiciera el pago, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó a la mora del empleador, y, por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad a la trabajadora<sup>11</sup>. Si el incumplimiento de cualquiera de los requisitos se da por negligencia o culpa de la entidad

prestadora de salud a la cual se encuentra afiliada la mujer, o bien de cualquier entidad integrante del Sistema General de Salud y Seguridad Social (SGSSS), o por problemas, errores o demoras administrativas, la EPS será responsable del pago total y completo de la licencia, sin perjuicio de que pueda repetir, de ser procedente, contra quien, en su criterio, deba asumir el pago de la obligación<sup>12</sup>.

## 5.2. Fondo de Solidaridad y Garantía dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

La Corte ha explicado<sup>13</sup> que el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA,<sup>14</sup> es una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, que maneja a través de encargo fiduciario los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los criterios de utilización y distribución que de dichos recursos determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El FOSYGA está integrado por las siguientes subcuentas independientes: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios de Salud; c) De promoción de la salud; d) del seguro de riesgos catastróficos y de accidentes de tránsito<sup>15</sup>.

Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las unidades de pago por capitación -UPC- que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquellas sean menores que las últimas<sup>16</sup>. La compensación es el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas por las EPS los recursos que el sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar, para garantizar la prestación de los servicios de salud de sus afiliados y beneficiarios y el pago de las prestaciones económicas a que tienen derecho estos últimos.

De otra parte, con el fin de cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios más pobres y vulnerables afiliados al régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía cuenta con los siguientes ingresos: a) un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinan a los subsidios de salud;

c) un aporte del presupuesto nacional ( en los años 1994, 1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a) y b). A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993. d) Los rendimientos generados por la inversión de los anteriores recursos; e) Los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones y participaciones de la Nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el CONPES; f) Los recursos provenientes del impuesto de remesas y utilidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la zona de Cusiana y Cupiagua. Estos recursos se deducirán de la base de cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia la Ley 60 de 1993. g) Los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF de que trata la Ley 6ª de 1992.<sup>18</sup>

El Fondo de Solidaridad y Garantía tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del sistema. Siendo los recursos por tanto limitados. <sup>19</sup>

Igualmente esta corporación ha señalado que “no encuentra relación alguna entre la licencia de maternidad y la función del Fondo de Solidaridad y Garantía, en razón a que la circunstancia que enfrenta la mujer vinculada al régimen contributivo después del parto sin complicaciones en su estado de salud o la de su niña o niño producto de la concepción, no puede considerarse como un riesgo catastrófico.” <sup>20</sup>

Los eventos en que la Corporación ha permitido que las EPS recobren al FOSYGA, previa vinculación al proceso del Ministerio de la Protección Social, tienen relación con situaciones especiales en que no se realizaron la totalidad de los aportes como, por ejemplo, cuando la madre no tuvo empleo durante todo el período del embarazo y por consiguiente no pudo realizar los aportes.

## 6. Caso concreto.

La señora Suanny Vásquez Martínez presentó la acción de tutela con el fin de solicitar la protección especial de la maternidad y del mínimo vital, que fue vulnerado por la EPS SALUDCOOP al no cancelar la totalidad de la licencia de maternidad, lo cual le ha impedido

atender las necesidades de ella y su hija, aduciendo que el empleador se encontraba en mora de los aportes.

El juez Primero Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal le tuteló los derechos y ordenó a la accionada cancelar la licencia de maternidad de la accionante, determinando que la E.P.S. tiene derecho al reembolso de lo pagado en acatamiento a ese fallo, ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, dentro de los 10 días siguientes a la presentación de las respectivas cuentas de cobro.

6.1.1. La accionada se encuentra afiliada a la EPS SALUDCOOP en calidad de cotizante desde el 28 de agosto de 2001, es trabajadora dependiente y su empleador es el señor José Dorance Muñoz Castro. De acuerdo con la certificación expedida por el departamento de cartera de la entidad, con fecha 6 de agosto de 2007, el empleador ha efectuado los aportes al sistema general de seguridad social en salud desde el período octubre de 2004 hasta el período julio de 2007 y a esa fecha se encontraba a paz y salvo por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Ver fl 10, Cuaderno 1 del Expediente).

6.1.2. Tuvo su hija el 23 de abril de 2007, y presentó la acción de tutela el 22 de agosto de 2007. El Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal expidió la incapacidad 000004128 del 23 de abril de 2007, por concepto de licencia de maternidad por espacio de 84 días partir del 23 de abril hasta el 15 de julio de 2007. ( Ver fl.4, Cuaderno 1 del Expediente).

6.1.3. La accionante afirma tener un salario de \$421.091, y manifiesta que por el no pago de la licencia de maternidad se ha visto privada de los elementos esenciales tanto para ella como para su hija, situación que no fue desvirtuada por la E.P.S.. ( Ver fl 4, Cuaderno 1 del Expediente).

## 6.2. Razón Jurídica de la decisión.

6.2.1 De acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional y los hechos probados dentro del expediente, la accionante presentó la tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hija, siendo procedente la protección especial de la accionante y su hija

recién nacida, de acuerdo con lo establecido en los artículos 43 y 50 de la Constitución Política, y la consecuente violación al mínimo vital, al no haber cancelado la EPS la totalidad de la prestación económica de la licencia de maternidad, que corresponde a un salario mínimo, habiendo cumplido el patrono de la accionante con el pago de la totalidad de los aportes durante los plazos establecidos en las disposiciones legales para acceder a este derecho.

6.2.2. El patrono de la accionante canceló la totalidad de sus aportes en salud durante el período de gestación y aún un año antes y hasta el término de la incapacidad, como consta en la certificación del 6 de agosto de 2007. Por tanto no existió razón alguna para que la EPS le negara el pago de la licencia de maternidad a la accionante. De otra parte, si la EPS recibió la totalidad de los aportes por concepto de salud de la accionante, durante el período comprendido entre octubre de 2004 y julio de 2007, no existe argumento alguno para exonerar del pago de la licencia de maternidad a la EPS y autorizar su recobro al FOSYGA de acuerdo con las normas que regulan el sistema de seguridad social en salud.

6.2.3. Encuentra esta Sala que el Juzgado de instancia no hizo ningún análisis sobre los documentos aportados al proceso, ni argumentación alguna que le permitiera concluir como lo hizo, que era posible que la EPS recobrara al FOSYGA el pago de la licencia de maternidad. No tuvo en cuenta que se habían realizado la totalidad de los aportes y, que si se hubieran hecho de manera extemporánea, la EPS habría purgado la mora al no requerir oportunamente al empleador de la accionante.

Por lo anterior, se confirmará la decisión tomada por el Juez de Instancia, con excepción de lo ordenado en el numeral tercero de la parte resolutive que se revocará en este fallo de revisión.

### 6.3. Conclusión

Se confirmará el amparo constitucional de la protección de la maternidad y del mínimo vital que el Juez Primero Civil Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal concedió a SUANNY VASQUEZ MARTINEZ, revocando el numeral tercero del fallo en cuanto declaró que la EPS COOPSALUD, tiene derecho al reembolso de lo pagado en acatamiento de ese fallo por parte del FOSYGA, al carecer de fundamento constitucional y legal dicho recobro.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Segundo: REVOCAR el numeral tercero de la parte resolutive del fallo del Juzgado Primero Civil Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal, que declaró que la E.P.S. SALUDCOOP tiene derecho al reembolso de lo pagado en acatamiento de ese fallo, ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), y en su lugar ORDENAR a la E.P.S. SALUCOOP, si ya recibió el pago por concepto del reembolso proceda a reintegrar dichos dineros al Fosyga e informarle sobre la decisión del presente fallo de revisión de tutela.

Tercero: SOLICITAR al Juzgado Primero Civil Municipal y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal vigile el cumplimiento de la devolución de los dineros de la EPS SALUDCOOP al FOSYGA, en el evento en que dicho fondo le haya reintegrado lo cancelado por la licencia de maternidad a SUANNY VASQUEZ MARTINEZ.

Cuarto: Por Secretaría General, líbrese la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

## Secretaria General

1 Presentó la demanda de tutela el 24 de agosto de 2007, ver folio 14, cuaderno 1 del Expediente.

2 Ver folio 1, Cuaderno 1 del Expediente.

3 Ver folio 2, Cuaderno 1 del Expediente.

4 Ver folio 10, Cuaderno 1 del Expediente.

5 Ver folio 4, Cuaderno 1 del Expediente.

6 Ver folios 5 a 8, Cuaderno 1 del Expediente.

7 Ver folio 20, Cuaderno 1 del Expediente.

8 Expediente T-1089886 de julio 25 de 2005, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

9 Ver Sentencias T- 595 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-273 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 728 de 2007, M.P. Catalina Botero entre otras.

10 (i) Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación ( Artículo 3°, numeral 2° del decreto 047 de 2000). (ii) Que se haya pagado en forma oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, o por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, bien por el empleador o por la afiliada independiente. (Artículo 21, numeral 1° del Decreto 1804 de 1999); (iii) Que la cotización se haya realizado de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho ( artículo 21, numeral 1° del Decreto 1804 de 1999).

11 Ver Sentencias T- 304 de 2004, M.P. Jaime Araujo rentaría; T- 1298 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

12 Al respecto se pronunció este tribunal al señalar que “puede observarse que la negativa

en el pago radicó en una discrepancia entre la E.P.S. y el empleador de la tutelante respecto de la información que cada una manejaba de los periodos de cotización, y que no debió afectar las condiciones de vida de la accionante, quien al no recibir la licencia vio amenazado su derecho al mínimo vital, pues tuvo que sobrellevar su estado de gravidez y los cuidados de su recién nacida con el salario mínimo que recibía su cónyuge, el cual, además debía destinarse también para la manutención de los otros dos hijos y los gastos del hogar”. Sentencia T-068 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Ver Sentencias T- 730 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T- 597 de 2007, Jaime Córdoba Triviño

14 Consagrado en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993.

16 Artículo 220 de la Ley 100 de 1993.

17 Sustituida por la Ley 715 de 2001 y por la Ley 1003 de 2005.

18 Artículo 220 de la ley 100 de 1993.

19 Sentencia T-730 de 2006.

20 Ver Sentencia T- 597 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.