

LICENCIA DE MATERNIDAD-Orden de reconocimiento y pago por cuanto la demandante sí cotizó durante todo el periodo de gestación

Referencia: expediente T-1561171

Accionante: Martha Lucía Caro González

Demandado: Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Martha Lucía Caro González contra Salud Total E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La peticionaria instauró acción de tutela con motivo de la presunta vulneración del derecho fundamental al mínimo vital propio y el de su hijo recién nacido, a raíz de la negativa de Salud Total E.P.S. a reconocerle el pago de la licencia de maternidad a la que aduce tener derecho.

2. Reseña Fáctica

2.1 La señora Martha Lucía Caro González se encuentra afiliada a la entidad Salud Total E.P.S. desde el 21 de febrero de 2006 en calidad de cotizante dependiente por intermedio de

su empleadora la señora Martha Lucía Agudelo de Solano.

2.2 Al nacimiento de su hijo, el 30 de noviembre de 2006, la señora Caro González solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a lo que la E.P.S. respondió el 5 de diciembre de 2006 mediante formato de negación de servicios, en el que señaló que, puesto que sólo había cotizado 10 días en el mes de marzo, la accionante no cumplía con los requisitos exigidos para reconocer la licencia de maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 047 de 2000 y en el Decreto 783 de 2000.

2.4 El 9 de diciembre de 2006 la señora Martha Lucía Agudelo instauró un derecho de petición en el que sostuvo que afilió a la señora Caro González a Salud Total E.P.S. desde el 21 de febrero de 2006. Adicionalmente señaló que el parto había ocurrido el 30 de noviembre del mismo año. De acuerdo con lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a favor de su empleada, toda vez que ésta cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación.

2.5 El día 17 de enero de 2007 la señora Martha Lucía Caro González interpuso la presente acción de tutela en contra de la E.P.S. Salud Total.

3. Consideraciones de la parte actora

La actora considera que la negativa de la E.P.S. accionada frente a la solicitud del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, transgrede sus derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital y vida digna tanto de ella como el de su hijo, ya que requiere de dicha prestación económica para satisfacer sus necesidades esenciales y procurar por unas óptimas condiciones de vida del menor.

En este sentido, manifiesta que la Carta Política ofrece un marco especial de protección a la mujer en estado de embarazo, tanto en el proceso de gestación como en el momento posterior al parto. Se trata, agrega, del desarrollo de una garantía de raigambre constitucional que irradia el ordenamiento jurídico. Así las cosas, en materia laboral se ha reconocido el contexto especial de la mujer que, a partir del alumbramiento, no puede mantenerse en el mercado laboral y requiere atender sus necesidades y las del recién nacido.

Así pues, la peticionaria indica que, si bien, en principio, la acción de tutela es improcedente para ordenar el pago de derechos de carácter prestacional, en su caso cabe acudir a ella por cuanto la prestación económica derivada de la licencia de maternidad se constituye en la única fuente económica de ingresos tanto de la madre como de su hijo para el disfrute de condiciones de subsistencia dignas.

Finalmente, señala que respecto de la exigencia legal de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, por un período mínimo igual al de la gestación, la jurisprudencia ha dispuesto que las normas objeto de controversia no deben aplicarse inflexiblemente, pues de hacerse así, se estaría comprometiendo la subsistencia y vida digna tanto de la madre como del menor hijo. En este sentido, la actora resalta diversos fallos proferidos por la Corte Constitucional en los que se ordena el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad sobre la base de una aplicación amplia de la normativa que rige la materia, con el objetivo de materializar la protección especial de carácter constitucional que se erige en favor de la madre y el recién nacido¹.

La accionante invoca el recurso de amparo constitucional con el objeto de que se ordene a la E.P.S. Salud Total que le reconozca y pague la licencia de maternidad.

5. Respuesta del ente accionado

Salud Total E.P.S. realizó un recuento normativo de los parámetros legales requeridos para acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad, en los que se establece la obligación del solicitante de cotizar durante todo el periodo de gestación. Así pues, la entidad demandada sostiene que está facultada para negar la prestación económica reclamada por la peticionaria sin que por ello se quebranten sus derechos fundamentales, ya que la señora Caro González solo cotizó 10 de los 30 días correspondientes al mes de marzo de 2006, es decir, no realizó los aportes de manera ininterrumpida durante todo el proceso de gestación.

Con fundamento en lo anterior, la entidad señala que el sistema de seguridad social en salud no puede hacerse cargo del pago de la licencia de maternidad reclamada, la cual de conformidad con el Decreto 783 de 2000 debe ser asumida por la empleadora habida cuenta de que la señora Caro González cotizó por un periodo inferior al de gestación.

En consecuencia, la E.P.S. solicita que, en primer lugar, sea negada la acción de tutela toda vez que ha actuado conforme la normatividad legal vigente en la materia, y que, en segundo lugar, se vincule a la señora Martha Lucía Agudelo de Solano en calidad de empleadora de Martha Lucía Caro González.

6. Respuesta de la empleadora

En providencia del 23 de febrero de 2007 el juez de conocimiento vinculó al proceso a la señora Martha Lucía Agudelo de Solano, empleadora de la accionante, quien al pronunciarse respecto los hechos de la presente tutela sostuvo que afilió a la señora Caro González a Salud Total E.P.S. el 21 de febrero de 2006, que, de conformidad con los formularios de autoliquidación de aportes, cotizó durante todo el periodo de gestación y, por lo tanto, quien está obligada a cancelar la licencia de maternidad es la E.P.S..

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

El Juzgado 45 Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia proferida el veintinueve de enero de dos mil siete, negó el amparo solicitado al considerar que la procedencia del recurso de amparo constitucional en materia de licencia de maternidad es excepcional y circunscrita a ciertos eventos en los que por falta de reconocimiento de la misma se ponga en peligro el mínimo vital de la madre y el recién nacido.

A juicio del fallador en el asunto sub-examine, no se advierte trasgresión alguna de derechos constitucionales fundamentales por cuanto el requisito legal de la cotización ininterrumpida durante todo el tiempo de gestación no se concretó y, por consiguiente, la entidad demandada no tiene la obligación de asumir la prestación económica que se le exige.

Para el juez la vía adecuada para que la actora reclame sus pretensiones es la jurisdicción ordinaria laboral habida cuenta de que no se evidencia perjuicio irremediable alguno.

Ninguna de las partes impugnó la decisión.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, la señora Martha Lucía Caro González actúa en defensa de sus derechos e intereses y en representación de su hijo recién nacido, razón por la que se encuentra legitimada para presentar la acción.

2.2 Legitimación pasiva

La empresa demandada es una entidad de carácter particular pero que, de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591, está legitimada como parte pasiva en el presente asunto, pues se trata de una entidad encargada de prestar el servicio público de salud.

3. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación definir si, en el presente caso, se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que sea reconocida y pagada la licencia de maternidad que reclama la señora Martha Lucía Caro González, y si la negativa de la E.P.S. Salud Total constituye una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo recién nacido.

4. La licencia de maternidad. Procedibilidad de la acción de tutela para su reclamación y la obligación de cotizar durante todo el periodo de gestación

4.1 En desarrollo del artículo 43 de la Constitución Política la legislación laboral contempla en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo el derecho a la Licencia de maternidad como un mecanismo de protección para la mujer después del parto y para su hijo recién nacido. Esta prestación consiste en el reconocimiento del salario que se deja de recibir por

estar cesante durante las 12 semanas posteriores al nacimiento, y que debe ser reconocido por la respectiva Empresa Promotora de Salud².

Ahora bien, no obstante que la licencia de maternidad es una prestación económica cuya reclamación, en caso de existir controversia, en principio, debe hacerse ante el juez ordinario, en algunos casos es posible que la licencia se constituya en la única fuente de dinero para que la madre y su hijo recién nacido puedan atender sus necesidades, de tal modo que podrían verse involucrados derechos de estirpe fundamental, como el mínimo vital o la vida digna. En esta hipótesis, resultaría admisible que la controversia sea planteada ante el juez de tutela para que sea éste quién defina si se cumplen los requisitos para poder acceder al derecho, y quien es la persona obligada a pagar la licencia, pues los mecanismos judiciales ordinarios no resultarían idóneos para evitar que se vulneren derechos fundamentales. Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado:

“a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de proteger por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 , T-664/02 y T- 389/04).

b. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).

c. La entidad obligada a realizar el pago es la Empresa Promotora de Salud con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y

T-390/01, entre otras).

d. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede (sic) negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02, T-996/02, T-421/04, T-549/05, T-682/05 y T-947/05).

e. A partir de la sentencia T-999 de 20033, se planteó un cambio de jurisprudencia en cuanto a la oportunidad de presentación de la acción de tutela cuando se trata del reclamo de la licencia de maternidad por esta vía. 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, 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.”⁴

4.2 Así pues, una vez verificados los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo, le corresponde al juez de tutela constatar que, tal y como lo dispone el artículo 63 del Decreto 806 de 19985 y el numeral 2 del artículo 3 de Decreto 47 de 20006, la solicitante haya cotizado, como mínimo, durante todo el periodo de gestación, cualquiera que haya sido la duración de éste. Adicionalmente, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 incluye la exigencia de que se hayan hecho oportunamente las cotizaciones de, por lo menos, 4 de los 6 meses anteriores a la fecha del parto, sin embargo, sobre este punto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que en aquellos casos en los que, a pesar de que las cotizaciones se hayan realizado extemporáneamente, si la E.P.S. recibe los pagos sin objeción alguna opera la figura del allanamiento a la mora y, por tanto, la entidad no puede negar el reconocimiento de la licencia con fundamento en pagos por fuera del término que cada afiliado tiene para ello, es decir que “(...) se presume que la entidad promotora de salud ha consentido en el incumplimiento y ha dado por subsanada la mora del afiliado al aceptar el pago tardío”⁷.

5. Caso concreto

La señora Martha Lucía Caro González se afilió a la E.P.S. Salud Total el día 21 de febrero de 2006 en calidad de trabajadora dependiente de la señora Martha Lucía Agudelo de Solano. El 30 de noviembre de 2006 tuvo lugar el alumbramiento del hijo de la accionante por lo que solicitó a Salud Total el reconocimiento de la licencia de maternidad, sin embargo fue negada por la entidad con fundamento en que no había cumplido con el requisito de cotizar durante todo el periodo de gestación, pues en el mes de marzo solo había hecho aportes por 10 días, y, en ese sentido, le correspondía asumir el valor de la licencia a la empleadora. El juez de instancia negó el amparo al considerar que, por un lado, no se presentaba una vulneración de derechos fundamentales y por tanto la acción de tutela era improcedente, y, por el otro, porque la tutelante no había cotizado durante todo el periodo de gestación. Así las cosas, es pertinente pasar a analizar si, en el caso sub examine, se cumplen los requisitos para que sea reconocida y pagada la licencia de maternidad reclamada.

5.1 Encuentra la Sala que no es de recibo el argumento del juez de instancia para negar el amparo al considerar que la reclamación de la licencia de maternidad no corresponde hacerse por la vía de la tutela por ser una prestación de carácter económico, puesto que en este caso, tal y como figura en las planillas de cotización, los ingresos de la señora Martha Caro González ascienden a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, de lo cual se puede concluir que es una persona de escasos recursos, y que a falta de recibir la licencia de maternidad podría afectarse el mínimo vital suyo y el de su hijo recién nacido, en consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia al respecto y que fue reseñada en la parte considerativa del presente fallo, la acción de amparo resulta procedente para resolver el presente asunto

5.2 Por otra parte, de las planillas de cotización es posible deducir que la señora Martha Lucía Agudelo de Solano, empleadora de la demandante, realizaba las cotizaciones de sus trabajadores en los primeros días del mes siguiente, de tal forma que en marzo pagó lo correspondiente a febrero, en abril lo correspondiente a marzo y así sucesivamente⁸. De la misma manera se puede identificar que el pago que se realizó en marzo por 10 días, correspondió a los aportes de febrero, correspondiente al periodo comprendido entre el momento en que se afilió la actora y el final del mes. Así pues, se tiene que la cotización por 10 días corresponde a febrero de 2006, lo cual coincide con el hecho de que la afiliación al sistema se hubiese hecho el 21 de ese mes, y a partir de ese momento, en el expediente consta que, por lo menos hasta el mes de diciembre del mismo año, la empleadora realizó los

pagos de forma ininterrumpida, de manera que no resulta cierto que en marzo se hubieran cotizado 10 días, solo que fue en este mes que se canceló lo correspondiente a febrero.

En consecuencia, desde el momento de la afiliación (el 21 de febrero de 2006), hasta el día del parto (30 de noviembre del mismo año) transcurrieron más de 9 meses, por lo que es posible concluir que la actora cotizó durante todo el periodo de gestación.

Así las cosas, cabe indicar que la empleadora de la accionante cumplió con los pagos de los aportes de salud ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, esto, independientemente de que las cotizaciones de cada mes se hayan realizado en el periodo siguiente, pues lo cierto es que Salud Total aceptó tal situación al recibir los pagos, por lo que, en últimas, podría presentarse un allanamiento a la mora, que impide que la E.P.S. se niegue a reconocer la licencia de maternidad con fundamento en pagos extemporáneos.

Con fundamento en lo anteriormente señalado la Sala estima que, en el presente caso se cumplen los requisitos necesarios para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, y que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela se interpuso dentro del término para tal, es decir en el año siguiente al parto⁹. Por lo tanto, en la parte resolutive de la presente providencia se ordenará el pago de la licencia de maternidad a favor de la señora Martha Lucía Caro González y a cargo de la E.P.S. Salud Total.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el veintinueve de enero de 2007 por el Juzgado 45 Civil Municipal de Bogotá. En su lugar CONCEDER la acción de tutela interpuesta por Martha Lucía Caro González contra la E.P.S. Salud Total.

Segundo. ORDENAR a Salud Total E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y a pagar a la accionante el valor de la licencia de maternidad que le corresponde, de conformidad con las razones

expuestas en este fallo.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto hace referencia a la Sentencia T-304 de 2004, se ordenó el pago de la licencia de maternidad en un caso en el que no había claridad respecto a si la cotización se extendió durante todo el periodo de gestación, por lo que la duda y la falta de material probatorio no podía perjudicar a la demandante. Así mismo, manifiesta que en otro asunto (T-1205 de 2006) al presentarse la extemporaneidad de los aportes realizados, la Corporación concedió el amparo invocado, ya que los pagos fueron recibidos por la entidad accionada sin ninguna clase de objeción, presentándose el fenómeno del allanamiento a la mora. Por último, frente a un caso en el que la licencia de maternidad fue negada con base en el no cumplimiento de la cotización durante el proceso de gestación, la Corte Constitucional en el fallo T-674 de 2006, ordenó la protección de los derechos fundamentales invocados al establecer que la

actora no tenía trabajo y la prestación económica que solicitaba se constituía como única fuente de ingresos en procura del logro de su subsistencia y la del menor.

2 Ley 100 de 1993 artículo 207: “DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.”

3 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.

5 “ARTICULO 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.”

6 “ARTICULO 3o. PERIODOS MINIMOS DE COTIZACION. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...)

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.”

7 Sentencia T- 603 de 2006.

8 Así consta en los formularios de autoliquidación de aportes que el periodo por el cual se

cotizaba corresponde al mes anterior de la fecha en la cual se hace el pago. Ver expediente Cuaderno No. 1, Folios 40 a 51.

9 El alumbramiento ocurrió el 30 de noviembre de 2006 y la acción de amparo se interpuso el 17 de enero de 2007.