

Sentencia T-788/05

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

LICENCIA DE MATERNIDAD-Asunción de patrono por mora en aportes a EPS

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

Referencia: expediente T-1091426

Acción de tutela instaurada por MARTHA IRENE MOLINA SEGURA contra SALUD TOTAL E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Martha Irene Molina Segura contra Salud Total E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 21 de enero de 2005, la señora Martha Irene Molina Segura instauró acción de tutela contra Salud Total E.P.S., al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, igualdad, trabajo y salud, por la negativa de dicha entidad en el pago de la

licencia de maternidad a la que estima tiene derecho. Los hechos que sustentan su afirmación son los siguientes.

La demandante afirmó que desde el 27 de marzo de 2003 ha cotizado a la entidad demandada los aportes a la seguridad social en salud a través de la Cooperativa SERVICOOB y que si bien es cierto esos aportes no se realizaron dentro de los 10 días de cada mes, sí se realizaron en todos los meses, de manera anticipada, inclusive en el de enero de 2005.

Así mismo, señaló que los gastos correspondientes al parto mediante cesárea de su menor hijo, Juan Andrés Molina Segura, ocurrido el 14 de junio de 2004 en la Clínica Federmán, fueron a cargo de Salud Total; entidad a la cual reclamó el pago de su licencia de maternidad.

Sin embargo, mediante “consecutivo No. 65729” del 29 de julio de 2004 le manifestaron que no tenía derecho al reconocimiento de la prestación reclamada, porque dentro del período de la gestación no hubo un mínimo de cuatro pagos oportunos de aportes a salud.

De otra parte aseguró que se encuentra en situación de indefensión pues carece de otro mecanismo de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, por lo que estimó que la acción de tutela era procedente.

Por lo tanto, la demandante solicitó se ordenara a Salud Total E.P.S. realizar el pago de su licencia de maternidad.

2. Pruebas que obran en el expediente

La demandante aportó las siguientes pruebas:

* Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Martha Irene Molina Segura. (Fl. 5, cuaderno 1)

* Copia del carné de afiliación a Salud Total E.P.S., donde consta que la demandante está afiliada como cotizante a esa entidad desde el 27 de marzo de 2003. (Fl. 5, cuaderno 1)

* Certificado de existencia y representación legal de la entidad accionada expedido por la

Cámara de Comercio. (Fl. 6-11, cuaderno 1)

* Copia del “Formato de Negación de Servicios de Salud” de Salud Total E.P.S., con No. Consecutivo 65729, de fecha 29 de junio de 2004, en el cual se observa que la negativa al reconocimiento de la licencia de maternidad reclamado por la demandante fue por “Períodos pagados NO continuos”, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 047 de 2000; así mismo, se le informa a la accionante que la alternativa que tiene para acceder al servicio de salud es “Solicitar a su empleador/ aportante el reconocimiento del subsidio económico o la aclaración de los pagos ante SALUD TOTAL”. (Fl. 12, cuaderno 1)

* Copia del certificado de licencia de maternidad expedido a favor de la accionante, por el médico tratante. (Fl. 13, cuaderno 1)

* Copia de la “SOLICITUD INCAPACIDAD LABORAL” expedido por el médico tratante de la demandante de la Clínica Federmán, el 15 de junio de 2004, en el que reconoce 84 días de incapacidad por “P.O.P. de cesárea” y donde se relaciona como entidad a Salud Total. (Fl. 14, cuaderno 1)

* Copia del certificado de “Nacido vivo” del hijo de la demandante, expedido por el Ministerio de Salud, con consecutivo No. 5773657. (Fl. 15, cuaderno 1)

La entidad accionada no aportó pruebas.

3. Trámite de instancia

La demanda fue repartida inicialmente al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Chía que, mediante Auto del 21 de enero de 2005, la rechazó por falta de competencia y la remitió al Juzgado Civil Municipal de Reparto, correspondiéndole finalmente al Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, que mediante Auto, del 3 de febrero de 2005, admitió la demanda y ordenó oficiar al representante legal de la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y fundamentos que soportan la demanda. Así mismo, ordenó vincular, como parte accionada, al Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA- del Ministerio de Salud (SIC).

4. Contestación de la Demanda

Salud Total E.P.S.-A.R.S. contestó la demanda de tutela mediante una funcionaria de la

Jefatura de Servicios Legales a Usuarios, así.

Para empezar, con apoyo en las sentencias T-075/01 y T-118/03 de esta Corte, señaló que la demanda de tutela es improcedente toda vez que para la fecha en que la demandante la instauró (enero 21 de 2005) ya habían transcurrido ocho meses desde la fecha en que ocurrió el parto, esto es, el 14 de junio de 2004.

En cuanto al pago realizado de manera anticipada que debe realizar el empleador indicó que es un requisito exigido en el artículo 9º del Decreto 1406 de 1999, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2236 de 1999, que trae en cita.

Respecto a los pagos realizados por el empleador -SERVICOOP-, relacionó en un cuadro los períodos correspondientes a los meses de enero a junio de 2004, las fechas de pago, las fechas oportunas de pago y el estado en que se encuentra, dando como resultado que todos los pagos se hicieron de manera extemporánea, contrario a lo exigido en el artículo 21 del Decreto 1406 de 1999, en cuanto al lugar y plazo para el pago de aportes.

Todo lo anterior, en su sentir, justificó la negativa de Salud Total E.P.S. al reconocimiento de la licencia de maternidad reclamada por la señora Molina y aclaró que esa entidad lo único que ha hecho es dar aplicación a la normatividad vigente sobre la materia.

De otra parte, con apoyo en la sentencia T-390 de 2001 de la Corte Constitucional, sostuvo que comoquiera que los aportes a la seguridad social en salud por parte del empleador de la accionante se hicieron de manera extemporánea, no es posible pagar la prestación con cargo al sistema de seguridad social, lo que de ninguna marea significa que ella no tuviera el derecho a la licencia de maternidad. Cosa distinta es que, por no cumplir con los requisitos que exige el sistema, el responsable para el pago de la licencia sea el empleador de la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, relativos a las obligaciones del empleador, que transcribió. Por lo tanto, solicitó al juez que citara al proceso al empleador de la actora para que respondiera por la prestación que ella solicitó.

Igualmente, recordó que las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento. De manera que la actuación de Salud Total E.P.S. se ajusta a la normatividad vigente y constituye, entonces, una conducta

legítima (sentencia T-199 de 1995 de esta Corporación) que hace improcedente la tutela solicitada.

De la misma manera, informó que considerando que las licencias de maternidad son prestaciones que se pagan con los recursos del empleador pero que hecho el pago se repite contra el FOSYGA, en el presente caso se daría lugar a una indebida destinación de recursos públicos, por reconocer y pagar una licencia de maternidad a una mujer que no cumplió con los requisitos para ello y, de paso, se estarían patrocinando conductas reprobadas por la ley, como lo sería la elusión o evasión de aportes por parte de los empleadores del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, estimó que la protección especial de la mujer durante el embarazo y la lactancia no tiene carácter de fundamental, pues el constituyente no le dio ese alcance y no podría ser fundamental por sí sola, pues está enmarcada dentro de los derechos económicos, sociales y culturales en la constitución y por ello no es posible considerarlos fundamentales. Además, tampoco están enumerados dentro de los derechos cuya protección tiene por objeto la acción de tutela según el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que citó.

Finalmente, indicó que en caso de que el juez considerara que Salud Total E.P.S. debería reconocer y pagar la prestación a la demandante, era necesario que el fallo ordenara expresamente al Estado, mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, que reembolsara los dineros cancelados por la entidad, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-419 de 1998 de la Corte Constitucional. Lo anterior, pues aseguró que si no se da la orden perentoria de reembolso al FOSYGA, al obligar a las E.P.S. a realizar el pago, éste sufre demoras, a veces exageradas.

En consecuencia solicitó: i.) se denegara la tutela por improcedente ya que la conducta de la E.P.S. ha sido legítima, en cumplimiento de la normatividad vigente y no se ha vulnerado derecho alguno a la demandante; ii.) se instruyera a la accionante para que supiera que la E.P.S. no estaba obligada a asumir la cobertura de la licencia de maternidad que estaba reclamando y iii.) se ordenara al empleador que asumiera el cubrimiento de esa prestación reclamada por la demandante, por su incumplimiento en las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social en Salud.

De la misma manera, y en caso que las anteriores pretensiones se denegaran, solicitó i.) se

ordenara al FOSYGA realizar el pago de las cuentas de cobro o facturas por el pago de la licencia de maternidad a la demandante, dentro de 10 días y ii.) se vinculara al Estado - Ministerio de la Protección Social- a este proceso para conformar el litis consorcio necesario, por ser él directamente responsable de asumir la responsabilidad jurídica y económica de prestaciones de tipo económico.

5. Respuesta del Ministerio de la Protección Social

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social respondió la solicitud del juez y señaló que el reconocimiento de la licencia de maternidad se hace de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 80 del Decreto 806 de 1998, los cuales transcribe, de manera que cumplidas esas exigencias, la persona tiene derecho a la prestación. Ahora bien, indicó que en caso de verificarse la mora por parte del empleador en el pago de las “cotizaciones”, la obligación le corresponde a él. Sin más consideraciones, solicitó exonerar de toda responsabilidad al -FOSYGA- y al Ministerio de la Protección Social.

6. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del quince (15) de febrero de 2005, denegó la tutela y señaló que “no entra el Despacho en un análisis profundo sobre los derechos fundamentales indicados como vulnerados, toda vez que la vulneración alegada proviene de una prestación económica dejada de cancelar por parte de la entidad accionada, la cual al provenir de una relación contractual laboral se convierte en un derecho de esta índole que debe ser reclamado directamente al empleador, o por el empleador ante la EPS según sea el caso, puesto que la EPS se ampara en la ley para negar su reconocimiento en razón al no pago oportuno de los aportes en salud por parte del obligado a hacerlo, es decir del empleador, en consecuencia tal conflicto debe dirimirse directamente ante la jurisdicción laboral, ya que la acción de tutela no es procedente para el efecto”.

A lo anterior, agregó que no se vulnera el mínimo vital, pues ya transcurrió el tiempo de la licencia de maternidad y, en consecuencia, no existe la necesidad apremiante del ingreso por tal concepto para la supervivencia de la madre y de su hijo. Así mismo, estimó que no se vulneró derecho fundamental alguno de la demandante y advirtió que, según afirmó lo ha sostenido la Corte Constitucional, la acción de tutela no puede servir como instrumento

alternativo o paralelo para “revivir términos (SIC) cuando éstos no han sido interpuestos o cuando los interpuestos lo han sido en forma extemporánea, máxime cuando para el caos concreto carece de objeto”. Para finalizar, advirtió a la demandante que debería recurrir a su empleador para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y en cumplimiento del Auto del veintinueve (29) de abril del año 2005, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

En esta oportunidad la Sala deberá establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una mujer a quien la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada se niega a pagarle la licencia de maternidad que ella le solicitó, aduciendo la mora en que incurrió su empleador en el pago de los aportes a la seguridad social en salud y, de ser positiva la respuesta, verificar si la acción de tutela es procedente para la protección de esos derechos, aún habiendo transcurrido 7 meses desde el parto de la mujer hasta la fecha en que instauró la acción de tutela, para reclamar el pago de esa prestación.

3. La licencia de maternidad y su protección constitucional. Procedencia excepcional para el pago de prestaciones económicas. Reiteración de Jurisprudencia.

La Constitución Política estableció en su artículo 43 que la mujer “(...) durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...)”. Uno de los mecanismos que da vigencia a este postulado es la licencia de maternidad, pero que por tratarse de un derecho prestacional, en principio, no es susceptible de protección por vía de tutela.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere el carácter de fundamental por conexidad, por ejemplo, con derechos como la vida digna, la salud, la seguridad social y los de los niños¹, cuando se

encuentra inescindiblemente ligado a otro derecho de la madre o del recién nacido, que tenga rango constitucional.

Así pues, la licencia de maternidad constituye el salario que la nueva madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar -incapacitada-, al cuidado del menor y que, por lo tanto, es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas junto con el recién nacido; de manera pues que, si el mínimo vital de la madre y el de su hijo dependen del pago de esa licencia, ésta ya no puede verse como un derecho de rango legal, cuyos conflictos se ventilan ante la justicia laboral, sino que adquiere relevancia constitucional².

En efecto, la falta de pago de la licencia de maternidad puede vulnerar el derecho fundamental a la vida digna tanto de la madre como del recién nacido, cuando de ese pago depende su sustento, de manera que la acción de tutela procede de manera excepcional y subsidiaria³ a fin de obtener la orden de pago, pues de ser reclamado por otro medio de defensa judicial -acción laboral-, éste no resultaría eficaz para la protección del mínimo vital de la madre y del niño.

En ese orden de ideas, la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos prestacionales, como la licencia de maternidad⁴, se basa y está condicionada por la teoría elaborada por la jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital, que parte de la base de que “ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la madre trabajadora y del niño que está o acaba de nacer, la acción de tutela es el mecanismo procedente”⁵.

No obstante, si los pagos extemporáneos fueron aceptados por la empresa prestadora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y, en consecuencia, ésta no se puede negar al pago de la licencia de maternidad⁷.

4. Oportunidad para presentar la acción de tutela con el fin de obtener el pago de la licencia de maternidad y el concepto del mínimo vital de la madre y del recién nacido. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional mantuvo una tesis según la cual la oportunidad para reclamar el pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, coincidía con el término de vigencia de la licencia, esto es, durante los 84 días posteriores al parto. No obstante, en la Sentencia T-999

de 2003, con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, se proyectó un cambio de jurisprudencia en cuanto al término oportuno para reclamar por vía de tutela el pago de la licencia de maternidad, que a partir de entonces es de un (1) año, equivalente al primer año de vida del hijo cuya madre reclama la prestación. El fundamento de esa decisión, ente otros, fue el siguiente:

“Siendo el parto un hecho físico certificado por el médico que atendió a la madre, aparece claramente establecido que el derecho a la licencia, se configuró y surgió a la vida jurídica y que no está en discusión.

No se trata entonces de desconocer el derecho a la licencia, sino de fijar el plazo para su reclamación.

Lo primero que debemos advertir es que el plazo no puede ser tan perentorio que haga irrito o nugatorio el derecho que ya se tiene.

El plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

Observa la Corte que se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad.

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.”

El fallo de instancia, proferido dentro del proceso de la referencia, se revisará de conformidad con la jurisprudencia antes reseñada.

5. El caso concreto

El juez de instancia denegó el amparo considerando que no se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante y que mediante la controversia se pretendía discutir un derecho económico, que además le fue negado de conformidad con la ley y que, por lo tanto, la acción de tutela era improcedente. Además, indicó que existe otro medio de defensa judicial -ante la jurisdicción ordinaria- para reclamar el pago de la licencia de maternidad, aunque le advirtió a la accionante que podría acudir a su empleador para reclamarle el pago de la prestación.

En cuanto a la oportunidad para presentar la demanda de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, el juez de instancia, contrario a lo sostenido por esta Corporación, consideró que no se cumplió el requisito de inmediatez para solicitar la protección, por cuanto la vulneración no era actual, ni se encontraba la conexidad necesaria para ordenar por esa vía el pago de una prestación económica, pues se acudió a ella cuando ya había pasado el tiempo de la licencia.

De conformidad con la jurisprudencia vigente, anteriormente citada⁸, el requisito fue cumplido, en cuanto a la oportunidad para instaurar la demanda, pues se realizó en el mes de enero del presente año, fecha para la cual habían transcurrido casi 7 meses desde la fecha del parto, lo que está acorde con esa jurisprudencia que limitó la oportunidad en estos casos a un año, contado desde el día en que la madre da a luz.

Así las cosas, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente es claro que: i.) el empleador de la demandante efectivamente incurrió en mora en el pago de los aportes a la seguridad social en salud y ii.) Salud Total E.P.S. recibió los aportes del empleador, aunque ellos fueran extemporáneos, y no está probado que lo hubiera requerido para su pago o que haya promovido las acciones correspondientes para reclamarlo, de manera que se allanó a la mora del empleador. Además, en el caso de las trabajadoras dependientes, como la accionante, que no realizan los aportes directamente, sino que están a cargo del empleador, se trata del hecho de un tercero que no puede atribuirse, como en este caso, a la empleada.

Dentro de este contexto, la Sala concluye que de conformidad con la posición adoptada por esta Corporación en múltiples fallos⁹, en los cuales frente a situaciones fácticas similares a la que hoy se estudia, se ordenó el pago de las respectivas licencias de maternidad, cuando las entidades obligadas a reconocer y pagar la licencia de maternidad se allanaron a la mora del empleador al recibir en forma extemporánea las cotizaciones, sin utilizar los medios legales que tenían a su alcance para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá y en su lugar se concederá la protección invocada de los derechos de la señora Martha Irene Molina Segura.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, el 12 de febrero de 2005, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Martha Irene Molina Segura contra Salud Total E.P.S. y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado.

SEGUNDO.- ORDENAR a Salud Total E.P.S. que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a pagarle a la señora MARTHA IRENE MOLINA SEGURA la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

TERCERO.- ORDENAR al Juez Veintinueve Civil Municipal de Bogotá que, en aras de garantizar la efectividad de la acción de tutela, notifique este fallo a las partes dentro de los tres días siguientes a su recepción.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras, las sentencias T-175, T-210, T-362 y T-496 de 1999; T-497 y T-664 de 2002; T-389, T390, T-551 T-605 de 2004.

2 Sentencias T-568 de 1996; T-270, T-567 y T-662 de 1997; T-104, T-139, T-210, T-365 Y T-458 de 1999; T-258, T-467 y T-1168 de 2000; T-736 Y 1002 de 2001; T-707 de 2002; T-999 de 2003; T-389, T-390, T-504, T-551 y T-605 de 2004.

3 Ver entre otras las sentencias T-075; T-157; T-161; T-473; T-572;T-736 y T-1224 todas de 2001.

4 Sentencia T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

6 Sentencias T-258 de 2000; T-390 de 2001 y T-605 de 2004.

7 Sentencias T-389, T-390, T-504, T-551, T-584, T-605, T-788 todas de 2004, ente muchas otras.

8 Específicamente a partir de la Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

9 Cfr. entre otras las sentencias T-211 y 707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-664 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-844 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-880 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-885 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.