

Sentencia T-976/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Cotización durante todo el periodo de gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Deber de cotización durante todo el periodo de gestación debe analizarse a la luz de cada embarazo

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción de no exigir el pago completo e ininterrumpido de semanas cotizadas

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO-Pago de licencia de maternidad

Referencia: expediente T-1660474

Acción de tutela de Sandra Patricia Peña Melo, contra Salud Total EPS, Seccional Bogotá.

Procedencia: Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, que revocó el que había proferido el 34 Penal Municipal de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Sandra Patricia Peña Melo, contra Salud Total EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el despacho de segunda instancia, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y el 26 de julio de 2007 fue elegido por la Sala Séptima de Selección, para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y relato efectuado por la demandante.

La señora Sandra Patricia Peña Melo, manifestó que estuvo afiliada hace más de 5 años al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo como dependiente y desde junio de 2006 como cotizante independiente, a través de Salud Total EPS.

En febrero 6 de 2007 dio a luz su hijo, por lo cual su médico tratante expidió la correspondiente licencia de maternidad, por 84 días. Sin embargo, aunque no ha estado desvinculada de la EPS, al tramitar la documentación necesaria para el reconocimiento de su licencia de maternidad, la entidad demandada manifestó que no se hacía cargo de la misma, por falta de continuidad en el pago de sus cotizaciones.

En consecuencia, solicita se tutelen sus derechos fundamentales por medio de una orden a la entidad demandada, para que reconozca y pague la licencia de maternidad a que tiene derecho.

2. Documentos allegados en fotocopia, relacionados con la actora o su hijo.

2.1. Incapacidad de 84 días por maternidad, expedida por el médico tratante en febrero 6 de 2007 (fs. 8 y 9 cd. inicial).

2.2. Carné de Salud Total EPS a nombre de la accionante (f. 10 ib.).

2.4. Cedula de ciudadanía (f. 13 ib.).

2.5. Formularios de “Autoliquidación de Aportes”, de los períodos entre julio de 2005 y febrero de 2007 (fs. 14 a 29 ib.).

2.6. Respuesta de Salud Total EPS de marzo 12 de 2006, negando el pago de la licencia de maternidad (fs. 37 a 40 ib.).

3. Respuesta de la entidad demandada.

El gerente y representante de Salud Total S.A., Sucursal Bogotá, en escrito de marzo 30 de 2007 (fs. 47 a 51 ib.) dirigido al a quo, informó que “para tener derecho al reconocimiento económico de la licencia de maternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se hace necesario haber cotizado por un término igual al de la gestación y que el pago de los aportes en salud se haya efectuado ininterrumpidamente durante dicho período, tal y como lo dispone el artículo 3º, numeral 2º del Decreto 047 de 2000”.

Agregó que “la señora Peña no cotizó al Sistema de Salud durante todo su período de gestación, razón por la cual no es procedente el reconocimiento económico derivado de su licencia de maternidad, con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Según esta respuesta, los aportes fueron realizados de la siguiente manera:

Fecha de pago

Pago imputado

Fecha límite

Observación

06/30/2006

2006-06

07/21/2006

2006-07

Julio 7

No oportuno

08/08/2006

2005-08 (sic)

Agosto 4

No oportuno

09/25/2006

2006-09

Septiembre 6

No oportuno

10/11/2006

Octubre 5

No oportuno

12/11/2006

2006-11

Noviembre 7

No oportuno

12/11/2006

2006-12

Diciembre 6

No oportuno

01/09/2007

2007-01

Enero 5

No oportuno

Explicó que “para la fecha de causación de su derecho al reconocimiento económico derivado de su licencia de maternidad (febrero de 2007), había cotizado al Sistema de Salud por un término de 8 meses, adicionalmente no presenta al menos 4 pagos oportunos de los realizados durante los últimos 6 meses que precedieron la licencia”.

Finalmente, asevera que las EPS, cuando efectúan su pago a los empleadores con recursos propios, posteriormente recobran al FOSYGA, con lo cual se cubre la licencia de maternidad con cargo a éste, de manera que se le paga a una afiliada que no cuenta con los requisitos para tal reconocimiento y resultaría plenamente probada la indebida destinación de recursos públicos.

4. Sentencia de primera de instancia.

Mediante sentencia de abril 13 de 2007, el Juzgado Treinta y Cuarto Penal Municipal de Bogotá concedió la tutela solicitada, estimando que en este caso “la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención, por consiguiente, no se puede dar crédito a lo dicho por la EPS en su respuesta, pues como se evidencia dentro del expediente desde que la accionante entró a disfrutar la licencia de maternidad tan solo han transcurrido 67 días, es decir, aun no ha terminado su período de incapacidad por maternidad, lo que significa que se le está afectando su mínimo vital, al no contar con lo indispensable para cubrir las necesidades que surgen en virtud del nacimiento de un nuevo ser”.

Agregó que en relación con el pago ininterrumpido de los aportes durante el período de gestación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha consignado que “para asuntos similares en donde se ha sostenido que cuando el desfase en los aportes es irrisorio, en relación con el tiempo cotizado, o el que se lleva registrado en la base de datos, no es dable aplicar con absoluto rigor las normas que exigen el pago completo e ininterrumpido de determinadas prestaciones, pues de lo contrario se estaría dando prevalencia a lo formal sobre lo sustancial”.

5. Impugnación.

El gerente de Salud Total S.A., Sucursal Bogotá, impugnó la anterior decisión, anotando que la actora “no cotizó oportuna e ininterrumpidamente al Sistema de Salud durante todo su período de gestación como lo establece la normatividad legal vigente en materia de Seguridad Social en Salud, pues para la fecha de acusación de su derecho al reconocimiento económico derivado de su licencia de maternidad (6 de febrero de 2007), había cotizado al Sistema de Salud por un término de ocho (8) meses”.

Así, solicitó que se revocara la sentencia apelada, declarando que Salud Total EPS no se encuentra legalmente obligada al reconocimiento económico de la licencia de maternidad de la señora Sandra Patricia Peña Melo.

6. Sentencia de segunda de instancia.

En mayo 15 de 2007, el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, revocó el fallo del a quo, al considerar que, “no alcanzó a cotizar completamente el período de gestación, tal como lo indica la EPS accionada Salud Total cuando indica que una vez revisada la base de datos se encontró que la señora Peña no cumple con los requisitos exigidos... toda vez que a la fecha de causación del derecho al reconocimiento de la licencia (febrero 6 de 2007) ella había cotizado al sistema de salud por un término de OCHO meses”, además de no registrar el pago de mayo; observa de tal manera que la actora incumplió el requisito señalado “en el numeral segundo del Decreto 047 de 2000, por tanto el pago de la licencia no se le puede hacer”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Segunda. Lo que se debate.

En el caso bajo estudio, esta Sala de Revisión analiza si Salud Total EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y el mínimo vital de la accionante y su hijo, al no autorizar el pago de la licencia de maternidad.

Tercera. Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Procedencia excepcional por

vía de tutela.

La licencia de maternidad, que en principio es un derecho prestacional, no resultaría susceptible de protección por vía de tutela y su pago debería ser solicitado en la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. No obstante, esta corporación ha reiterado que es necesario proteger a la mujer en gestación, para dar así cumplimiento a lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política, sobre sus derechos fundamentales como madre y los del recién nacido, para quienes puede proceder excepcionalmente la acción de tutela, si dependen de esa prestación o su mínimo vital se encuentra insatisfecho, por lo cual el pago deja de ser un tema exclusivamente legal y se torna relevante, demandando la especial asistencia y atención del Estado. Así, ha expresado:

“...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, cuyo conflicto se ventila ante la justicia laboral, sino que adquiere relevancia constitucional.

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 subsidiaria 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 maternidad, 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’.” (T-1168 de noviembre 17 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

El cuidado de la maternidad no se limita sólo al período de gestación y al nacimiento, sino

que se proyecta en un lapso más extenso, que también es objeto de protección. Así, para las prestaciones económicas que se derivan de la licencia de maternidad, la trabajadora deberá cumplir una serie de presupuestos exigidos por la ley: “(i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho; (iv) no encontrarse en mora en dicho momento.”¹

De tal forma, la aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación obstruiría el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad, y cuando madre e hijo dependan económicamente de tal licencia deben aplicarse las normas constitucionales, para no privarles de unos recursos que les permitirán subsistir en condiciones dignas.

Cuarta. Teoría del allanamiento a la mora.

El cubrimiento total y oportuno de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, para el empleador y para los trabajadores independientes, se erige como una obligación frente a la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador, a favor de quien se presentan esas cotizaciones para el reconocimiento de las prestaciones económicas a que tiene derecho. De tal manera, en los eventos de incumplimiento total o parcial en el abono de esos aportes no existiría, en principio, posibilidad de acceder a las mismas.

Con todo, la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del “allanamiento a la mora”, que conlleva la siguiente consecuencia²:

“La Corte considera que también hay allanamiento a la mora cuando se reciban los aportes o cotizaciones de manera incompleta y se continúen admitiendo, por parte de la entidad promotora de salud, los pagos de los meses siguientes sin hacer ninguna objeción...

... en aquellos casos la EPS debe dar cumplimiento a su obligación de pagar la licencia de maternidad a la afiliada y prestar todos los servicios médicos que requiera... si la EPS acepta la mora, es decir, no alega al momento del pago del aporte aquella situación... no puede posteriormente argumentar tal razón para negar el reconocimiento del auxilio por maternidad.”

Ese allanamiento a la mora se extiende, con los mismos efectos, para aquellas trabajadoras independientes, que tienen la carga de cotizar directamente al sistema y sus aportes resulten extemporáneos. Por ende, está vedado a las EPS negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, ante cotizaciones extemporáneas o parciales durante el período de gestación, si antes de la solicitud de la prestación la EPS no requirió a la cotizante, ni se opuso a los pagos subsiguientes.

Quinta. Caso concreto.

En el asunto analizado, la señora Sandra Patricia Peña Melo interpuso acción de tutela contra Salud Total EPS, por considerar que vulnera sus derechos fundamentales, al negar el pago de la licencia de maternidad aduciendo que dejó de cotizar el mes de mayo de 2006 y reinició los pagos para el mes de julio del mismo año, es decir, solo cotizó 34 de las 38 semanas que duró su gestación (f. 40 cd. inicial).

En primer término, ha de recordarse que el inciso final del artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, entre otros casos, lo cual es desarrollado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, encontrándose en su numeral 2° la expresa referencia al particular que esté encargado de la prestación del servicio público de salud.

Así, está claro que Salud Total EPS, persona jurídica de derecho privado, podía ser demandada por vía de tutela, pues se trata de una entidad prestadora de tal servicio, razón para determinar que se halla legitimada en la causa por pasiva, resultando controvertibles, en un momento dado, actuaciones u omisiones suyas en una acción de amparo constitucional, como ésta.

Al examinar los documentos allegados al expediente, respecto de la divergencia sobre la cotización al Sistema de Seguridad Social durante todo el embarazo, se aprecia en el escrito de respuesta de la EPS demandada (fs. 37 a 40 cd. inicial.), que la accionante tuvo un período de gestación de (38) semanas y cotizó (34) semanas, coligiéndose que dejó de cotizar cuatro semanas durante ese período.

En armonía con lo anteriormente expuesto, dejar de cotizar ese lapso no es motivo para denegar el acceso a la licencia por maternidad, por lo cual debe otorgarse el amparo

impetrado.3

Por otra parte, la tutela fue incoada en forma oportuna, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, pues la demanda fue presentada el 23 de marzo de 2007, fecha para la cual sólo había transcurrido 1 mes y 17 días contados a partir del parto, el cual tuvo lugar el 6 de febrero de 2007. Por ello sí procede la acción, al criterio de la Corte, que amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño.

Como conclusión, se protegerán los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, en conexidad con la vida digna, de la demandante Sandra Patricia Peña Melo y su bebé, por lo cual será revocado el fallo proferido en mayo 15 de 2007 por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá y, en su lugar, se concederá el amparo pedido.

En tal virtud, se ordenará a Salud Total EPS, a través de su representante legal en Bogotá o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague a favor de la señora Sandra Patricia Peña Melo la licencia de maternidad a que tiene derecho.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida en mayo 15 de 2007 por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, que había revocado la de abril 13 del mismo año, dictada por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de esta ciudad; en su lugar, CONCÉDESE la tutela pedida por Sandra Patricia Peña Melo, contra Salud Total EPS, Seccional Bogotá.

Segundo.- En consecuencia, ORDÉNASE a Salud Total EPS, Seccional Bogotá, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reconocer y pagar a la señora Sandra Patricia Peña Melo, lo correspondiente a la licencia de maternidad a que tiene derecho por el nacimiento de su hijo Johan Samuel Hernández Peña.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-947 de 2005 (septiembre 9), M. P. Jaime Araújo Rentería y T-1161 de 2005 (noviembre 21), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

2 T- 543 de julio 13 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

3 T-053/07, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se estudió un caso de negación de licencia de maternidad, concediéndose la tutela a pesar de haber dejado de cotizar 2 meses (8 semanas): "... la accionante cotizó y canceló siete (7) meses de los nueve (9) que duró su embarazo, d) El reconocimiento del mínimo vital es necesario para que la señora... cubra sus necesidades básicas y las de su menor hijo."