Sentencia T-986/03

DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto

LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por tutela cuando afecta el mínimo vital de la madre y su hijo

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

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por instaurarla cuando la licencia de maternidad ya había expirado/JURISDICCION LABORAL-Pago de licencia de maternidad

NOTA DE RELATORIA: Esta posición jurisprudencial se cambió en sentencia T-999/03

Referencia: expediente T-760150

Acción de tutela de Gloria Esperanza Becerra contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de la tutela instaurada por Gloria Esperanza Becerra contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

A. Reseña fáctica

Gloria Esperanza Becerra labora en el establecimiento comercial Deportes Duitama desde hace dos años. El 27 de junio de 2002 dio a luz y por ello le solicitó a Coomeva EPS, a la que se encuentra afiliada, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad correspondiente.

Esa entidad, sin embargo, se negó a pagar esa prestación. Para ello argumentó:

1. Que el empleador había incumplido el deber de pagar oportunamente los aportes por lo menos en cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. Que, en esas condiciones, el pago de esa prestación corría por cuenta del empleador.

3. Que el reconocimiento de prestaciones sin el cumplimiento de requisitos legales genera responsabilidad para los representantes legales de las EPS.

B. La tutela instaurada

El 30 de abril de 2003, Gloria Esperanza Becerra, ante la actitud asumida por la EPS, interpuso acción de tutela. En ella manifestó que esa entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la vida, al trabajo y a la seguridad social. Solicitó protección constitucional para tales derechos y que se le ordene a esa entidad pagar la licencia de maternidad causada.

C. Respuesta de la entidad accionada

Coomeva EPS, a través de apoderado, se opuso a la procedencia de la tutela instaurada. En el escrito de contestación, manifestó:

2. Que el empleador pagó los aportes correspondientes a los meses de julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre con 4, 7, 8, 4 y 4 días de retraso, respectivamente.

3. Que, en esas condiciones, el empleador incumplió el deber impuesto por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, de pagar oportunamente los aportes, por lo menos en 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho; que él debía asumir el pago de esa prestación y que la EPS no podía hacerlo sin que concurran los requisitos legalmente establecidos, pues ello genera responsabilidad para sus representantes.

4. Que la acción de tutela no prospera cuando se interpone una vez vencido el término de la licencia de maternidad, como ocurre en este caso, pues, pese a que la licencia se venció el 18 de septiembre de 2002, la acción sólo se interpuso el 30 de abril de 2003.

II. SENTENCIA JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El 23 de mayo de 2003, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama negó la tutela invocada. Para ello argumentó que se trataba de una prestación económica para cuyo pago se debía promover un proceso ejecutivo ante la justicia civil y que la tutela resultaba improcedente dado que a la actora, por continuar recibiendo su salario como trabajadora de Deportes Duitama, no se le había vulnerado derecho fundamental alguno con el no pago de la licencia.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. La procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad, es un punto que ha sido suficientemente decantado por la jurisprudencia de esta Corporación. En la reciente sentencia T-460-03, proferida por esta Sala de Revisión, se analizó el régimen constitucional y legal relacionado con esa prestación y se sintetizó la jurisprudencia referida a su amparo como derecho fundamental.

La Sala retoma lo expuesto en esa oportunidad con miras a la solución del caso que ahora ocupa su atención. En ese fallo se expuso lo siguiente:

“1. El artículo 43 de la Carta Política, tras consagrar la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, dispone que “Durante el embarazo y después del parto – la mujer- gozará de especial asistencia y protección del Estado”.

Esa disposición superior materializa la pretensión del constituyente de configurar un ámbito normativo que, desde la Constitución, valore el papel fundamental que la mujer juega en el contexto del Estado social de derecho y que, a más de reconocer sus derechos fundamentales, suministre espacios específicos de protección ante las situaciones especiales en que ella pueda encontrarse. Y uno de tales estados es precisamente el determinado por el embarazo pues el sublime papel que la mujer juega en el mantenimiento de la vida, la convierte en un sujeto de especial protección, la legitima como titular de derechos y genera para el Estado y la sociedad deberes correlativos.

2. De manera compatible con esa disposición superior, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el descanso remunerado en la época de parto. El texto actual de esta disposición es el siguiente:

ART. 236.—Subrogado. L. 50/90, art. 34. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

PAR.—Modificado. L. 755/2002, art. 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema

general de seguridad social en salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Como puede advertirse, la licencia de maternidad constituye un descanso remunerado de doce semanas durante la época del parto que beneficia a las trabajadoras; para su remuneración se tiene en cuenta el salario devengado o, en caso de ser variable, el promedio del último año y exige una certificación médica sobre el estado de embarazo, el día probable del parto y el día desde el cual se inicia la licencia. Ésta se extiende, en las condiciones indicadas en la ley, a las madres adoptantes. Finalmente, el parágrafo del artículo 236, modificado por la Ley 755 de 2002, consagra la licencia de paternidad, institución que hoy tiene entidad propia y que, a diferencia del régimen anterior, no implica la reducción del tiempo de duración de la licencia de la madre.

Se debe tener en cuenta que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la licencia de maternidad, como las demás prestaciones económicas derivadas de ella, son asumidas por el Instituto de Seguros Sociales y por las empresas promotoras de salud con cargo al fondo de solidaridad del sistema de seguridad social en salud. Esto por cuanto el artículo 207 de la citada ley dispone:

ART. 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 a las unidades de pago por capitación, UPC.

Por su parte, el artículo 21 del Decreto No. 1804 del 14 de septiembre 1999, por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, determina lo siguiente en relación con el

reconocimiento y pago de licencias:

ART. 21.—Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1º de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1º del presente artículo, serán de cargo del empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

5. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del plan obligatorio

de salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales.

Nótese cómo este decreto, de manera compatible con la asunción de las prestaciones económicas por parte del Instituto de Seguros Sociales y las empresas promotoras de salud a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, reconoce a los empleadores, trabajadores independientes y personas con capacidad de pago, el derecho a solicitarles a tales entidades el reembolso o pago de la licencia de maternidad. No obstante, establece cinco requisitos, el primero de los cuales está determinado por la cancelación completa de las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de la solicitud y por la cancelación oportuna de 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

En este punto, es importante tener en cuenta que el régimen de recaudación de aportes que financian el sistema de seguridad social integral, fue establecido por el Decreto No.1406 de 1999. Este decreto distinguió entre grandes aportantes, pequeños aportantes y trabajadores independientes. Y en relación con los pequeños aportantes, categoría a la que pertenece la entidad accionada en este proceso, estableció:

ART. 24.—Lugar y plazo para la presentación de la declaración de autoliquidación de aportes. Los pequeños aportantes deberán presentar la autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social integral, y efectuar el pago de las cotizaciones correspondientes a los diferentes riesgos cubiertos por aquél, en los sitios determinados por las entidades administradoras, dentro del mes calendario siguiente al laborado, a más tardar en las siguientes fechas:

Pequeños aportantes

Último dígito del NIT o C.C. (No incluye dígito de verificación)	Vencimiento
1 y 2	4º día hábil
3 y 4	5º día hábil
5 y 6	6º día hábil
7 y 8	7º día hábil
9 y 0	8º día hábil

ART. 3º—Períodos mínimos de cotización. 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.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

3. Adviértase, entonces, que existe un claro régimen legal y reglamentario que i) consagra la licencia de maternidad, ii) fija los recursos con cargo a los cuales debe ser pagada por las empresas promotoras de salud, iii) establece para ello unos requisitos que deben cumplir los empleadores y iv) radica el pago en éstos cuando cotizan por períodos inferiores al de gestación o lo hacen de manera inoportuna.

4. En ese marco, la licencia de maternidad es una prestación económica que opera como uno de los mecanismos que materializan la especial asistencia y protección que el Estado, por mandato del artículo 43 Superior, le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto. Tratándose de una prestación económica que realiza un derecho de segunda generación, su cumplimiento se debe buscar ejerciendo las acciones pertinentes ante la jurisdicción laboral. No obstante, esta regla general no se opone a que, bajo circunstancias específicas, haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela.

En tal sentido, las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad son las siguientes:

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 y T-664-02).

a. 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).

a. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio 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).

a. 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 -no- puede 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 y T-996-02).

a. Para que la afección del mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica se plantee ante los jueces de tutela antes del vencimiento del término de la licencia. Si el amparo se solicita una vez vencido el término de la licencia, hay lugar a presumir que la madre no requirió del pago de esa prestación para atender sus necesidades básicas y las del menor; es decir, en tales hipótesis, hay lugar a presumir que no hubo vulneración del mínimo vital y por lo mismo la tutela no procede (Sentencias T-568-96, T-466-00, T-1224-01, T-653-02 y T-996-02).

a. Si transcurre el término de la licencia de maternidad sin que se haya hecho efectivo su pago, se está ante un perjuicio causado y por ello no es viable la protección constitucional de los derechos (Sentencias T-075-01, T-1224-01, T-653-02 y T-996-02).

2. En ese marco, si el régimen constitucional, legal y reglamentario y las reglas jurisprudenciales referidas a la procedencia de la acción de tutela se aplican al caso que ocupa la atención de la Sala, las conclusiones que se obtienen son las siguientes:

a. Coomeva EPS recibió los aportes, a pesar de haber sido pagados de manera extemporánea. Por lo tanto, en principio, obraría el allanamiento a la mora y aquella se hallaría en la obligación de cancelar la prestación económica que se halla pendiente.

a. No obstante, la acción de tutela fue instaurada después de vencido el término de la licencia de maternidad. Ésta venció el 18 de septiembre de 2002 y la acción de tutela apenas se interpuso el 30 de abril de 2003; es decir, más de 6 meses después de vencida la licencia.

Ante esta situación, la acción de tutela no procede pues opera la presunción de que el no

pago de la licencia, durante su transcurso, no afectó el mínimo vital de la actora y de su hijo. Tal afectación tampoco concurre en este momento, pues ya aquella se ha reintegrado y percibe su remuneración salarial. Por lo tanto, el pago de la licencia de maternidad debe esgrimirse ante la jurisdicción ordinaria laboral y no ante la jurisdicción constitucional.

Por estos motivos, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama y se negará el amparo constitucional de los derechos invocados por la actora.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 23 de mayo de 2003 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama.

Segundo. Negar la tutela de los derechos fundamentales invocados por Gloria Esperanza Becerra.

Tercero. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General(E)