

Sentencia T-115/10

(Febrero 16; Bogotá D.C.)

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago/ LICENCIA DE MATERNIDAD Y ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para protección del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y el recién nacido

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Los pagos extemporáneos recibidos sin objeción configuran allanamiento a la mora

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación/LICENCIA DE MATERNIDAD-Caso en que la peticionaria dejó de cotizar veinticinco semanas de tiempo de gestación y por lo tanto procede el pago proporcional

ACCION DE TUTELA-Procedencia para el pago proporcional de licencia de maternidad conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación

Referencia: Expediente T-2.401.863.

Accionante: Talía Isabel Muñoz Álvarez.

Accionado: EPS Coomeva S.A.

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, del 3 de agosto de 20091 (2ª instancia), que confirmó la Sentencia del Juzgado Once Civil Municipal de Ibagué, del 23 de junio de 20092 (1ª instancia), que negó el amparo solicitado.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión³.

1. Elementos de la demanda:

- Derechos fundamentales invocados: La señora Talía Isabel Muñoz Álvarez presentó demanda de tutela al considerar vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la especial protección de la mujer durante el embarazo y después del parto y al mínimo vital de ella y de su hija recién nacida.
- Conducta que causa u ocasiona la vulneración: La negativa de la entidad accionada a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la accionante, argumentando que ésta no cumple con la exigencia del tiempo de cotización continuo y completo al sistema como cotizante gestante.
- Pretensión del accionante: se ordene a la EPS Coomeva S.A. el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

La accionante fundamenta su pretensión con las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1. La señora Talía Isabel Muñoz Álvarez se encuentra afiliada al sistema de Seguridad Social en Salud, a través de la EPS Coomeva S.A., como beneficiaria y cotizante⁴, desde el día 20 de agosto de 2008⁵.

1.2.2. La accionante dio a luz a su hija Luna Catalina Escobar Muñoz el día 12 de abril de 2009⁶, en la Clínica Tolima S.A. de Ibagué⁷. La entidad accionada cubrió la totalidad de la atención médica, como quiera que la peticionaria se encontraba a paz y salvo en las cotizaciones⁸.

1.2.3. El 4 de mayo de 2009, la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez solicitó a la entidad accionada, el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad⁹, prestación que le fue negada por la EPS Coomeva S.A., argumentando que no cumplía la exigencia del tiempo de

cotización continuo y completo al sistema durante el periodo de gestación¹⁰.

1.2.4. La señora Muñoz Álvarez es una persona de escasos recursos económicos, siendo su único sustento económico, tanto para ella como para su hija recién nacida, el salario mínimo que devenga como trabajadora de la empresa “Silvestre Arias Rico y Cía Ltda”¹¹.

1. Respuesta de la EPS Coomeva¹².

El Director de la EPS Coomeva S.A., oficina de Ibagué¹³, en escrito del 18 de junio de 2009 dirigido al A quo, solicitó negar las pretensiones de la accionante, con base en los siguientes argumentos:

2.1.1. Sostuvo el interviniente que la entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al negarle el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad, comprendida desde el 12 de abril hasta el 4 de julio de 2009 toda vez que ésta cotizó solo cuatro (4) meses, un periodo inferior a la gestación, tal como lo exige la ley, en este evento el Decreto 047 de 2000¹⁴.

2.1.2. Agregó que en el caso de la accionante no existe ningún derecho fundamental violado o puesto en peligro con las actuaciones de la EPS Coomeva S.A., quien tampoco presentó omisiones que le ocasionaran perjuicios a la vida o a la salud de la usuaria, ni tampoco a la dignidad humana o al mínimo vital. En este orden, no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable exigido para la viabilidad de la acción de tutela, en tanto que ésta tiene carácter excepcional y subsidiario.

3. Decisión de tutela objeto de revisión. Sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, del 3 de agosto de 2009¹⁵ (2ª instancia)

3.1. Primera Instancia (Sentencia del Juzgado Once Civil Municipal de Ibagué del 23 de junio de 2009¹⁶).

3.1.1. El juez de instancia negó el amparo solicitado por considerar que según las pruebas que obran en el expediente, la accionante no cotizó de manera completa durante el periodo de gestación, toda vez que al iniciarse el descanso derivado de la licencia de maternidad,

solamente tenía cotizadas 15 semanas como afiliada cotizante (1/1/2009 al 12/4/2009) y su periodo de gestación fue de 40.3 semanas, por ello la demandante debió cotizar las 40.3 semanas que duró la gestación, situación que no se presentó, existiendo un faltante de 25.3 semanas de cotización a la accionante.

3.1.2. Concluyó el fallador que la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez no cumplió con el periodo mínimo de cotización previsto por las normas legales y reglamentarias para tener derecho al pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, por que al momento del parto tenía tres (3) meses como afiliada cotizante y cinco (5) como afiliada beneficiaria, cuya sumatoria no alcanza a dar el periodo de la Gestación.

3.2. Impugnación

La señora Talía Isabel Muñoz Álvarez mediante escrito del 30 de junio de 2009, impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Once Civil Municipal de Ibagué¹⁷, argumentando que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el precedente Constitucional de la inaplicación de los requisitos para el pago de la Licencia de Maternidad de forma total o proporcional en cuanto a los aportes cancelados.¹⁸

3.3. Segunda Instancia. (Sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, del 3 de agosto de 2009¹⁹.)

El Ad Quem confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Once Civil Municipal de Ibagué el 23 de junio de 2009, con base en las siguientes consideraciones:

3.3.1. El juez de instancia sostuvo que en los casos en los que la Corte Constitucional ha determinado que aún sin el lleno de todas las semanas de cotización, las trabajadoras tienen derecho a que las EPS les reconozca y pague la licencia de maternidad, se ha examinado específicamente que la trabajadora haya efectuado aportes en calidad de cotizante y no de beneficiaria del sistema y además, que la interrupción en el pago de las cotizaciones sea muy corta.

3.3.2. El fallador destacó que la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez, ha cotizado al sistema desde agosto del 2008 hasta la fecha del parto, el 12 de abril de 2009, concurren dos situaciones frente al sistema de salud, durante la gestación en calidad de beneficiaria del

sistema, por un lapso de 5 meses y el de cotizante, por un lapso de 4 meses antes de la fecha del parto. Lo anterior lleva a concluir que con base en las normas que regulan el tema de las licencias de maternidad²⁰, a la EPS Coomeva S.A. no le corresponde el pago de la prestación económica por maternidad reclamada.

3.3.3. Adicionalmente, el juez de conocimiento señaló que se trata de un conflicto económico, que escapa de la competencia del Juez Constitucional toda vez que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario, que busca la protección de los derechos fundamentales y no la creación de un procedimiento paralelo o complementario a los ya existentes en la legislación para solucionar los conflictos netamente económicos.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el Auto del ocho de octubre de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Diez de la Corte Constitucional.

2. La cuestión de constitucionalidad.

2.1. Corresponde a esta Sala determinar si una Empresa Promotora de Salud -EPS- vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con la vida, la salud y el mínimo vital de una madre y de su recién nacida, al negarle el pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación.

2.2. Para desarrollar el anterior problema jurídico, la Sala Segunda de Revisión reiterará la jurisprudencia del reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela y finalmente, resolverá el caso concreto.

3. Reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

3.1. En consideración a que esta Corporación mediante diferentes sentencias, entre otras²¹,

las sentencias T-136 de 2008, T-261 de 2009, resolvió un problema jurídico idéntico al planteado en este caso, la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales que allí fueron sistematizadas. En dichas providencias se estableció:

3.1.1. Que la licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora por mandato del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo²², sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,²³ conforme a los cuales deben interpretarse las disposiciones de la Carta Política por mandato del artículo 93 Superior, ha de prodigarse a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 Superior).

3.1.2. El Estado debe propender por la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños de acuerdo con el fuero de maternidad establecido por la Carta Política. La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano.

3.1.3. La regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la Sentencia T-139 de 1999: “4.4. No existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia”.

3.1.4. Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño.

3.1.5. En los casos en los cuales la madre gestante es una persona de un estrato socio económico bajo y en tal sentido pertenezca a un sector vulnerable de la población, debe aplicarse “el principio de presunción de veracidad y en consecuencia proteger los derechos de la mujer, pues se hace innegable e indiscutible que la madre por su escasa situación

económica debe ser privilegiada por el Estado.”²⁴ Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo o menos, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.

3.1.6. El derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital. En este sentido, “si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.”²⁵

3.1.7. Cuando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto. En efecto, el juez de tutela tiene un deber oficioso que no puede limitarse a la valoración aislada del acervo probatorio que se aporte, sino que debe además analizar la situación particular de la accionante.

3.1.8. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.

3.1.9. La negligencia de las entidades promotoras de salud en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en los contratos bilaterales se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido. De allí que los

pagos extemporáneos recibidos, sin objeción, por la EPS configure un allanamiento a la mora.

3.1.10. A estas reglas ha de adicionarse la reformulación efectuada por la Sentencia T-1223 de 2008, en la que se distinguieron dos supuestos fácticos diferentes, a efectos de determinar si el pago de la licencia de maternidad -de prosperar la protección constitucional-, debía ser proporcional o total.

-El primero, tiene que ver con el de las mujeres que pagaron tarde²⁶. En este caso, se trata de eventos en los que la trabajadora o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización de forma extemporánea y la EPS lo ha recibido, por lo que procede el pago completo de la licencia.

-El segundo supuesto es el de las mujeres que pagaron incompleto. En estos casos, las trabajadoras que han cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación, en este evento, la compensación opera de manera proporcional. Es decir, la consecuencia jurídica en lo que respecta al amparo constitucional varía dependiendo del tiempo cotizado, así: a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia y b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

Así, teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si el caso analizado es de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales a los que se hizo referencia anteriormente y de acuerdo con los hechos, pruebas y jurisprudencia reseñada, esta Sala entra a determinar si la EPS accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con la vida, la salud y el mínimo vital de la accionante y de su recién nacida, al negarle el pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación.

3.2.1. Del material probatorio que reposa en el expediente se advierte que se cumplió la regla número 4, dado que la accionante promovió la acción de tutela dentro del año siguiente

al nacimiento de su hija.²⁷

3.2.2. En el expediente se encuentra probado que la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez se afilió al sistema general de seguridad social en salud, a través de Coomeva E.P.S., el 20 de agosto de 2008, en calidad de beneficiaria hasta el mes de diciembre de 2008 y como cotizante dependiente, desde el mes de enero del 2009 hasta la fecha en que fue radicada la presente acción de tutela. También se probó que la accionante dio a luz el 12 de abril de 2009. Es así que la accionante dejó de cotizar al sistema aproximadamente veinticinco semanas del tiempo de gestación, por lo que en este caso de demostrarse todos los requisitos jurisprudenciales, y se conceda el amparo se deberá aplicar la regla conforme a la cual la trabajadora que ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

Cabe resaltar que si bien en este caso, en donde confluyen durante el periodo de gestación la calidad de beneficiaria del sistema (por un lapso de 5 meses) y el de cotizante (por un lapso de 4 meses) antes de la fecha del parto, no por ello puede llegar a concluirse como lo hizo el Ad quem que no es procedente el reconocimiento del derecho a esta prestación. Lo anterior, porque si bien la prestación económica por maternidad busca cubrir los salarios que la trabajadora deje de devengar mientras goza de la licencia, no puede desconocerse que en este caso, la trabajadora adquirió la calidad de asalariada, 4 meses antes del parto, y en este orden de ideas, debe reconocérsele el pago de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

3.2.3. La Corte Constitucional ha sostenido que se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad, cuando la madre gestante o lactante devenga un salario mínimo o menos de este²⁸ o cuando el salario es su única fuente de ingreso²⁹ y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor para interponer la solicitud ante la entidad obligada, sin perjuicio de que la EPS o al empleador desvirtúen dicha presunción³⁰. En este sentido, la Sala encuentra que en el presente caso la demandante interpuso la acción de tutela antes del año desde el nacimiento de su hija y se encuentra probada la afectación del derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que como se demuestra en la Autoliquidación de Aportes en Salud aportada por la accionante y la respuesta de la entidad accionada³¹, la peticionaria tiene como ingreso base

de cotización un salario mínimo y adicionalmente, como se demuestra en la acción de tutela, no cuenta con medios de subsistencia diferentes a los dineros provenientes de la licencia maternidad.

3.2.4. Por lo anterior, se revocará el fallo de instancia y en consecuencia se amparará el derecho al mínimo vital de la afectada como el de su hija, ordenando a la EPS tutelada cancelar la licencia de maternidad reclamada en forma proporcional conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

4. Razón de la decisión

Siguiendo la línea jurisprudencial que se ha aplicado a casos idénticos al que se estudia, si la trabajadora cotiza sobre la base de un salario mínimo o menos de éste y el salario es su única fuente de ingreso se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad³² y así mismo, cuando la trabajadora cotizó por un periodo inferior a la duración de su gestación, y el término que dejó de cotizar fue mayor a once o más semanas, la Corte Constitucional ha establecido que procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación. Es así que la Sala Segunda de Revisión condenará a la EPS Coomeva S.A. realizar el pago proporcional de la licencia de maternidad a la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR Sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, del 3 de agosto de 2009, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez y en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental y el de su hija recién nacida al mínimo vital.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de EPS Coomeva S.A, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a

reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho de manera proporcional a las semanas cotizadas a la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez, si todavía no lo ha hecho.

Tercero.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Ver folios 6 a 11 del cuaderno # 2.

2 Ver folios 28 a 32 del cuaderno #1.

3 Acción de tutela presentada por la señora Talía Isabel Muñoz Álvarez, el 8 de junio de 2009. Folios 13 a 21 del cuaderno #1.

4 Ver fotocopia de consulta de afiliados compensados, expedida por el Ministerio de la Protección Social, información de periodos compensados, desde el mes de agosto de 2008 a abril de 2009, donde se observa con relación a la accionante su tipo de afiliación era como beneficiaria desde el 20 de agosto de 2008, hasta diciembre de 2008 y que a partir del 1° de enero hasta el mes de abril de 2009 su tipo de afiliación en como cotizante. Ver folio 2 cuaderno #1. Ver fotocopia de certificado de semanas cotizadas de la EPS Coomeva, del 29

de mayo de 2009, donde se relaciona el tiempo que la accionada registra como cotizante: 21 semanas y como beneficiaria: 18 semanas, folio 7 del cuaderno #1.

5 Ver constancia expedida por Coomeva EPS S.A. el 29 de mayo de 2009, folio 7 del cuaderno #1 y acción de tutela folios 13 a 21 del cuaderno #1.

6 Ver Registro Civil de Nacimiento folio 10 del cuaderno #1.

7 Ver epicrisis o resumen final de la historia de la Clínica Tolima S.-A de Ibagué, folios 8 del cuaderno #1.

8 Ver constancia expedida por Coomeva EPS S.A. el 29 de mayo de 2009, folio 7 del cuaderno #1. Ver comprobantes de autoliquidación de aportes en salud, de los periodos correspondientes a los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2009, folios 3 a 6 del cuaderno #1 y el certificado de semanas cotizadas folio 87 del cuaderno #1.

9 Ver certificado de incapacidad o licencia, expedido por Coomeva EPS, No. Incapacidad 2813164, folio 11 del cuaderno #1.

10 Ibídem.

11 Ver fotocopia de contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito por la accionante, folio 12 del cuaderno #1.

12 Ver folio 25 a 27 del cuaderno #1.

13 Dr. Cesar Augusto Sánchez Gutiérrez.

14 En artículo 3° señala "Periodos mínimos de cotización. Para acceder a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos de cotización: (...) 2.Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia por maternidad la trabajadora deberá en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control por evasión.

Lo previsto en este numeral, se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la

correspondiente licencia sin perjuicio del deber del empleador da cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un periodo 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”.

15 Ver folios 6 a 11 del cuaderno # 2.

16 Ver folios 28 a 32 del cuaderno #1.

17 Ver folios 28 a 32 del cuaderno #1.

18 Ver Impugnación folios 35 a 43 del cuaderno #1.

19 Ver folios 6 a 11 del cuaderno # 2.

21 En el mismo sentido las Sentencias T-556 de 2008, T-781 de 2008 y T-794 de 2008.

22 Al respecto, en la sentencia T-566 de 2008, la Corte precisó; “3.4 Es así como, en consideración de las obligaciones del Estado Colombiano contenidas en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, mediante el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el legislador definió una prestación económica a favor de la madre y de su hijo recién nacido denominada licencia de maternidad.

Dicha norma -modificada por el artículo 34 de Ley 50 de 1990-, dispone: “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.”

3.5 Por su parte, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral”, determina que el Plan Obligatorio de Salud - POS “(P)ermitirá la protección integral de las familias a la maternidad.” En este orden, el artículo 207 de la citada ley, señala que las Empresas promotoras de Salud del Régimen Contributivo reconocerán y pagarán a sus afiliadas “(L)a licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes” (En el mismo sentido se puede consultar entre otras, las siguientes normas. Decreto 047 de 2000, artículo 3; Decreto 1804 de 1999, artículo 21;

Decreto 1406 de 1999; Decreto 806 de 1998, artículo 28, literal c y artículo 63; y el Decreto 956 de 1996, artículo 1.)

3.6. en este punto resulta preciso aclarar que el derecho de las mujeres a disfrutar de un descanso remunerado con ocasión al embarazo y al parto, no solo radica en cabeza de las trabajadoras dependientes.

Así, el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud”, indica que las trabajadoras independientes (Artículo 157 de la Ley 100 de 1993) afiliadas a dicho sistema a través del régimen contributivo (De conformidad con la Ley 100 de 1993, el sistema de Seguridad Social en Salud esta compuesto por el Régimen contributivo y subsidiado). En virtud de sus aportes y cotizaciones directas, e igualmente tienen derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad

(Negrilla y subrayada fuera del texto original)

23 Cfr. Artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981), artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (Ley 319 de 1996), literal b) del numeral 2 del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley 51 de 1981). Convenios 3 de 1919 y 103 de 1952 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

24 Corte Constitucional. Sentencia T-136 de 2008.

25 Ibídem.

26 Al respecto, en la citada sentencia se precisó: “(i) Mujeres pobres que pagaron tarde: Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y durante el periodo de gestación ella o su empleador han efectuado, algún pago de la cotización extemporáneo y la EPS ha recibido el pago y se ha allanado en consecuencia a la mora. En este caso, procede el pago completo de la

licencia.”

27 La tutelante dio a luz a su hija el 12 de abril de 2009 y la acción de tutela fue radicada el 8 de junio del mismo año.

28 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002, T-158 de 2001, T-1081 de 2000 y T-241 de 2000.

29 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004, T-1013 de 2002, T-365 de 1999 y T-210 de 1999.

30 Sentencia T-091/05.

31 Ver folios 12 a 15 y 25 a 27 del cuaderno #1.

32 Este supuesto no significa que la acción de tutela exclusivamente proceda en los casos de mujeres que devenguen sólo un salario mínimo o menos, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.