

## Sentencia T-1155/03

### LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

### LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional del mínimo vital de la madre y su hijo

La Sala considera que la demandante tiene derecho a reclamar la licencia de maternidad, porque, de acuerdo con lo probado, ingresó a trabajar el 12 de enero de 2002 y tuvo a su hija el 11 de diciembre del mismo año; y, once días antes del parto, presentó renuncia aduciendo su estado de embarazo. Recuérdese que el período de licencia de maternidad remunerada cubre tanto un tiempo anterior al parto como el subsiguiente al mismo. No existe duda respecto de que no se trata de una reclamación meramente económica, sino que corresponde a un asunto en el que está en juego el mínimo vital de la actora y de su hija. Circunstancia fácilmente deducible, como lo hizo el ad quem, al verificar que el salario fijado para el cálculo de autoliquidación de aportes a Salud Total, correspondía al mínimo legal. Situación económica agravada con la circunstancia de que, al menos al momento de presentar esta acción de tutela, la actora estaba desempleada, pues había renunciado a su empleo en la sociedad demandada, aduciendo, precisamente, su estado de embarazo, que para tal época era un hecho evidentemente notorio : le faltaban 11 días para un parto que tuvo 39 semanas de gestación, como lo señala el certificado de incapacidad, licencia de maternidad, expedido por Salud Total, que obra a folio 20. Es más, ni siquiera podría oponerse a la prosperidad de esta acción el hecho de que fue presentada días después de haberse cumplido el período de los 84 días correspondientes a la licencia reclamada, porque, tal como lo señaló la Corte en reciente sentencia, ante el imperativo constitucional de proteger al niño, resulta procedente conceder la protección reclamada aún superado este período, pues “la ius fundamental de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.”

### LICENCIA DE MATERNIDAD-Responsabilidad compartida entre EPS y Empleador para el reconocimiento

La jurisprudencia ha indicado que el juez constitucional debe impartir la orden pertinente, encaminada a poner fin inmediatamente a la vulneración de los derechos fundamentales. Pero, a su vez, permitiendo que quien deba cumplir la orden, pueda aminorar las

consecuencias económicas que ella implique y que legalmente no tenga que asumir. Tratándose de las EPS, en la generalidad de las ocasiones, la Corte ha dispuesto que la entidad pueda repetir contra el Fosyga, con el fin de recuperar los gastos en que incurrió y que no estaba obligado a soportar. En el caso objeto de esta revisión, hay que recordar que se está ante una afiliación tardía por parte del empleador, pues la actora fue afiliada dos meses después de iniciada la vinculación laboral. Este asunto está fuera de discusión, ya que los documentos así lo prueban, y no lo niega ni la propia sociedad de abogados demandada, y es, precisamente, el punto que alega la EPS para negar el reconocimiento y pago de la licencia. Pero de otra parte, tampoco deja de observar la Corte que si bien la afiliación fue tardía, la demandante, a través de su empleadora, cotizó 30 de las 39 semanas, anteriores al parto. Es decir, para la Sala, en el pago de esta licencia de maternidad deben concurrir tanto la EPS como la empleadora que incumplió con la afiliación oportuna.

Referencia: expediente T-780535

Acción de tutela instaurada por Lady Adriana Burbano Ceballos contra Salud Total EPS y Carrillo Abogados Asociados Ltda.

Magistrado ponente:

Dr ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C., primero (1) de diciembre de dos mil tres (2003).

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

**SENTENCIA**

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali, de fecha 18 de junio de 2003, en la acción de tutela presentada por Lady Adriana Burbano Ceballos contra Salud Total EPS y Carrillo Abogados Asociados Ltda.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte, en auto de fecha 8 de septiembre de 2003, eligió, para efectos de

su revisión, el expediente de la referencia.

## I. ANTECEDENTES.

La actora presentó el día 29 de abril de 2003, ante el Juzgado Penal Municipal de Cali, reparto, acción de tutela en su propio nombre y en el de su hija, contra Salud Total EPS y Carrillo Abogados Asociados Limitada, por considerar que se le han violado sus derechos fundamentales a la vida en su mínimo vital, maternidad y seguridad social, de acuerdo con los siguientes hechos:

### 1. Hechos.

“1. El día 9 de enero de 2002 firmé contrato de trabajo con la empresa Carrillo Abogados Asociados Ltda.

2. Solo dos (2) meses después de mi vinculación, el doce (12) de marzo del mismo año, Carrillo Abogados Asociados me afilió al plan obligatorio de salud en la EPS Salud Total, hasta el mes de octubre cuando me desvincularon, tal como aparece en las fotocopias de la autoliquidación que se aportan debidamente selladas.

3. Del estado de embarazo era conocedor Carrillo Abogados Asociados. El 11 de diciembre del mismo año nació mi menor hija María Alejandra Burbano Ceballos.

4. Acudí a la empresa Carrillo Abogados Asociados para solicitar el pago de mi licencia de maternidad, siéndome negada porque me informaron que quien debía cancelarla era a Salud Total EPS.

Recurrí entonces a la entidad prestadora de salud, quienes también se niegan a pagarla porque el empleador me afilió tardíamente.

5. En la actualidad estoy desempleada, mis recursos económicos son casi nulos, razón por la cual se hace urgente el pago de la prestación económica.”

Considera que este comportamiento “negligente e injusto” de las demandadas les están vulnerando los derechos fundamentales a la actora y a su hija.

Acompañó copias del contrato de trabajo; de la afiliación a Salud Total de fecha 2 de marzo

de 2002; del registro de nacimiento de su hija ocurrido el 11 de diciembre de 2002; de los formularios de autoliquidación de aportes a Salud Total, realizados por el empleador, desde abril a octubre de 2002, en los que se identifica como afiliada a la actora; la liquidación de prestaciones sociales del 9 de enero al 9 de septiembre de 2002 y del 7 al 31 de octubre de 2002.

## 2. Trámite procesal.

Admitida la demanda el 29 de abril de 2003, el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Cali dispuso notificar a las demandadas la iniciación de esta acción, con escritos que se resumen así:

### 2.1 Respuesta de Salud Total EPS al juez de tutela.

Sobre la pretensión de la demandante de que se le dé el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, manifiesta que no es posible acceder a este pedido porque el parto ocurrió el 11 de diciembre de 2002, lo que quiere decir que el período cotizado es de 30 semanas, período que es inferior al de gestación que es de 39 semanas.

Para el pago de esta licencia, explica que la legislación laboral prescribe que las trabajadoras tienen derecho a gozar de licencia de maternidad remunerada durante 84 días posteriores al parto. El pago correspondiente está en cabeza del empleador, quien para el reconocimiento respectivo, solicita el reintegro del dinero a la EPS, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales. Si estos requisitos legales no se cumplen, como ocurre en este caso, le corresponde al empleador el cumplimiento de su obligación laboral.

Señala que los Decretos 47 de 2000, artículo 3, y 806 de 1998, artículo 63, establecen los períodos mínimos de cotización para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad por parte de las EPS. Requisitos que relaciona, así:

- Haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación.
- Haber cancelado en forma completa el aporte, durante el año anterior a la fecha de la solicitud.
- Haber sido cancelados al menos cuatro aportes en forma oportuna, durante los 6 meses

anteriores de causarse el derecho.

- No encontrarse en mora en el momento de causarse el derecho.

En el presente caso, explica Salud Total, la trabajadora no cotizó durante todo el período de gestación, por lo que la EPS no puede acceder al pago de la licencia de maternidad, en estas condiciones, el pago de la licencia es responsabilidad de su empleador, que no cumplió con los deberes que tiene frente al sistema de seguridad social.

Señala además, que las licencias de maternidad son pagadas con recursos del Fosyga, que son dineros públicos. Es decir, en el evento en que las EPS procedieran a reconocer y pagar licencias de maternidad sin que se hubiesen cumplido los requisitos de la ley, se estaría ante una indebida destinación de recursos públicos, con las correspondientes responsabilidades que le acarrea esta circunstancia a quien ordene este pago. Cosa distinta ocurre si es el juez de tutela el que ordena el pago de la licencia de maternidad. En este caso, la decisión correspondiente debe contener expresamente la orden para que la Nación, a través del Fosyga, reembolse los dineros oportunamente, como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia T-419 de 1998.

Salud Total hace énfasis en que por vía de tutela se obliga a las EPS suministrar servicios que no se encuentran contenidos en el POS. De allí que recientemente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 93, que establece que sólo es posible para las EPS presentar la cuenta para el recobro, si el fallo de tutela expresamente lo deja así expuesto en la parte motiva y resolutive.

En consecuencia, pide que se declare improcedente esta acción de tutela; que se cite como empleador a la Cooperativa de Trabajo Asociado y al Ministerio de la Protección Social; y, que, en caso de que se condene a Salud Total el pago de esta licencia, se disponga en forma expresa que puede repetir contra el Fosyga.

## 2.2 Respuesta de Carrillo Abogados Asociados Ltda.

En comunicación de fecha 8 de mayo de 2003, la Subgerente de la sociedad se opuso a esta acción. Explicó que el contrato de trabajo con la actora se pactó inicialmente a término fijo, inferior a un año, por dos meses: del 9 de enero al 8 de marzo de 2002. El mismo se prorrogó

automáticamente en tres oportunidades : de marzo 9 al 8 de mayo de 2002; de 9 de mayo al 8 de julio de 2002; y, de 9 de julio al 8 de septiembre de 2002. La sociedad, en comunicación de agosto 9 de 2002, con la debida antelación legal, le comunicó a la actora la terminación del contrato, comunicación que fue firmada por la demandante en la que no dejó constancia de su estado de embarazo. Una vez terminado el contrato laboral, le fueron canceladas sus prestaciones sociales. Posteriormente, a partir del 7 de octubre de 2002, las partes suscribieron un nuevo contrato a termino fijo por un mes. Este debía concluir el 6 de noviembre de 2002. Sin embargo, la actora presentó carta de renuncia, por motivo de su embarazo, el día 21 de octubre de 2002, habiéndose retirado el 31 de octubre del mismo año, y también, se le pagaron las correspondientes prestaciones.

Pone de presente que la actora en ningún momento notificó verbalmente o por escrito su estado de embarazo, la sociedad demandada sólo tuvo conocimiento de este hecho con ocasión de la carta de renuncia que presentó la actora.

Sobre la vinculación a la EPS, explica que al vincularse laboralmente, a la actora se le solicitaron documentos para las afiliaciones legales, lo que sólo cumplió a principios del mes de marzo de 2002, en ese momento se hicieron las afiliaciones a Colfondos, el 1º de marzo de 2002; a riesgos profesionales, el 4 de marzo; a Comfandi, el 5 de marzo; y, a Salud Total el 12 de marzo de 2002.

Una vez desvinculada laboralmente de la sociedad, ésta efectuó las desafiliaciones correspondientes.

Señala que la reclamación de la licencia de maternidad a la sociedad de abogados es improcedente e ilegal, pues la reclamante perdió esta posibilidad al haber renunciado voluntariamente a su trabajo. La reclamación de la licencia debe hacerla ante Salud Total, donde estuvo afiliada.

Afirma que no hubo afiliaciones tardías o extemporáneas atribuibles a la demandada.

Finalmente, manifiesta que no obstante la difícil situación que afronta la actora, la sociedad demandada no tiene responsabilidad, y las reclamaciones económicas de la actora no se resuelven en acción de tutela, sino por la justicia ordinaria.

Acompañó documentos.

### 2.3 Respuesta de la Cooperativa de Trabajo Asociado.

En comunicación de fecha 9 de mayo de 2003, explica que la actora no es empleada de la Cooperativa, sino que su vínculo es como asociada, y en tal carácter, no está sujeta a la legislación laboral. La Cooperativa ha seguido realizando los aportes a seguridad social de la actora, en consideración a la protección del derecho a la salud de ella y de su hija.

Acompañó una carta manuscrita de la actora dirigida al juez de tutela en la que le informa que no labora en la Cooperativa, y que por medio de ella, sólo se cancela la seguridad social. Pide que se desvincule a la Cooperativa de esta acción de tutela “ya que mi tutela va dirigida hacia Carrillo Abogados Asociados quienes fueron mis empleadores.” (fl. 61)

### 3. Sentencia de primera instancia.

En providencia del 13 de mayo de 2003, el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Cali, denegó esta tutela.

Manifestó el despacho que en ningún momento la actora demostró encontrarse en estado urgente de necesidad, que permitiera deducir que si no se concede la tutela, peligraría su existencia. No está probada la amenaza del mínimo vital. Señala que Salud Total informó que no puede reconocer la licencia de maternidad a una afiliada si ésta no ha cotizado los períodos mínimos establecidos por la ley, que son 39 semanas previas al parto. Así mismo explicó esta sentencia lo siguiente:

“con extraña sorpresa observamos que la señora Lady Adriana se afilió el 12 de marzo de 2002 y para el momento del parto 11 de diciembre de 2002, habría completado 39 semanas de afiliación, lo que significa que para ese momento de afiliación ya se encontraba en embarazo. Y el interrogante que cabe en ese sentido es, para qué la institución médica admitió a una persona con tamaña preexistencia? Cuál es el control médico que hacen las EPS para efectos de examinar a los potenciales usuarios y evitar de esta forma afiliaciones fraudulentas? Y por último a quién le corresponde entonces atender la pretensión económica de la citada señora, si es a la empresa Carrillo Abogados Asociados Ltda. que le dio traslado a Salud Total EPS por no haber realizado los controles debidos para contrarrestar una afiliación

viciada?, lo cierto es claro que existe una responsabilidad compartida entre la entidad Salud Total EPS y el Representante Legal de la Empresa Carrillo Abogados Asociados Ltda., pues son estas las últimas en determinar la idoneidad del trabajador, una en relación con la prestación del servicio como trabajadora y la otra como empresa prestadora de servicio de salud, donde se entrará a mirar los beneficios prestacionales en cada uno de los casos a debate.” (fl. 74)

Finalmente, consideró el despacho judicial que a la actora se le debe definir su derecho pero ante la jurisdicción laboral, pues, es indiscutible que ya no labora con la demandada.

#### 4. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia de fecha 18 de junio de 2003, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali confirmó el fallo impugnado. Sin embargo, se apartó de algunas consideraciones expresadas por el a quo.

En primer lugar expresa que no comparte el criterio del a quo en cuanto a la improcedencia de la tutela porque la actora no advirtió que la licencia de maternidad fuere el mínimo vital, pues el juez debió escucharla en ampliación de tutela, diligencia que podía ordenar de oficio, de acuerdo con los amplios poderes con que cuenta el juez de tutela. Además, podía haber examinado los documentos de afiliación de la actora en los que se observaba que el salario básico era el mínimo legal, y concluir de allí la necesidad de la licencia solicitada. No obstante estas observaciones de la sentencia impugnada, consideró el ad quem que debía confirmarse la misma, por las siguientes razones:

En el régimen contributivo en salud, se exige el pago patronal o individual de los aportes, durante todo el tiempo de gestación, por lo cual tiene asidero legal la negativa de Salud Total del no pago, pues, la afiliación ocurrió 2 meses después de entrar en vigencia el contrato de trabajo. En este punto el ad quem le aclara al a quo que según el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, las EPS no pueden oponer preexistencias a quienes deseen voluntariamente afiliarse.

Salud Total, considera el despacho judicial, obró conforme a la Constitución al aplicar las normas legales. En cambio, califica de “altamente cuestionable” la posición de Carrillo Abogados de vincular a la demandante al régimen de seguridad social en forma tardía, y,

además, aceptarle la renuncia, siendo motivada por el estado de embarazo.

Sobre este punto de la renuncia motivada por el embarazo, dijo el juez:

“Sin embargo, aquí entraríamos a discutir la misma legalidad de la renuncia en comento, erigiéndose este tema en asunto principal, desvirtuando el espíritu de la Acción de Tutela pues al juez constitucional le está vedado penetrar en asuntos que pertenecen al juez natural - los jueces laborales del circuito - bajo el prurito de proteger derechos constitucionales esenciales. El inconveniente adquiere mayores dimensiones, cuando el alumbramiento tuvo ocurrencia cuando la accionante no tenía vínculo laboral con la persona jurídica referida.” (fl. 93)

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

### 2. Lo que se discute.

2.1 Se analizará si como lo señala la actora, la sociedad Carrillo Abogados Asociados y Salud Total EPS le han violando sus derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, maternidad y seguridad social, porque no le reconocen ni le pagan la licencia de maternidad a que tiene derecho. Vulneración que también afecta a su hija recién nacida.

2.2 Las demandadas se oponen a la procedencia de esta tutela argumentando razones diferentes, así:

2.2.1 Salud Total EPS explica que la actora no cotizó las 39 semanas previas al parto. Sólo cotizó 30 semanas, como se comprueba fácilmente : la actora fue afiliada por la empleadora el 12 de marzo de 2002 y su hija nació el 11 de diciembre de 2002, lo que da 30 semanas. Las disposiciones legales establecen que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es necesario que se hubieren cotizado ininterrumpidamente las 39 semanas antes del parto.

2.2.2 Por su parte, la sociedad demandada considera que no existió afiliación tardía, sino que la actora demoró la entrega de los documentos mínimos para las afiliaciones legales. Además, la demandante nunca informó sobre su embarazo, sólo cuando renunció al cargo antes de que se venciera el último contrato, señaló que lo hacía por razones de su estado. En cuanto al pago de la licencia, la demandante debe reclamarla ante Salud Total, que es la EPS a la que estaba afiliada la demandante.

2.3 Los jueces de instancia negaron esta acción porque consideraron que corresponde a un asunto que debe ser resuelto por la justicia laboral ordinaria. Además, el ad quem estimó que el núcleo del asunto radica en determinar la legalidad de la carta de renuncia motivada de la actora por el estado de embarazo, lo que claramente escapa del resorte de competencia del juez de tutela.

2.3 Planteado así el objeto de esta acción de tutela, se examinará si se está ante la violación de derechos fundamentales.

3. La negativa al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad puede afectar derechos fundamentales que, a su vez, pueden ser protegidos por la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Suficientemente examinado por esta Corporación ha sido el tema de la licencia de maternidad y la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la prestación económica por maternidad : sentencias T-467 de 2000; T-210 de 1999; T-568 de 1996; T-999 de 2003; entre muchas más. En estas condiciones, esta Sala de Revisión considera innecesario retomar el asunto, y sólo se remitirá a lo expuesto por la jurisprudencia consolidada.

Para lo que interesa a este caso, se examinará si la actora tiene derecho a la licencia de maternidad; la procedencia de la acción de tutela; y sobre cuál de las partes contra la que se dirige esta demanda recaería la obligación del reconocimiento y pago correspondiente.

En primer lugar, la Sala considera que la demandante tiene derecho a reclamar la licencia de maternidad, porque, de acuerdo con lo probado, ingresó a trabajar el 12 de enero de 2002 y tuvo a su hija el 11 de diciembre del mismo año; y, once días antes del parto, presentó renuncia aduciendo su estado de embarazo. Recuérdesse que el período de licencia de

maternidad remunerada cubre tanto un tiempo anterior al parto como el subsiguiente al mismo.

No existe duda respecto de que no se trata de una reclamación meramente económica, sino que corresponde a un asunto en el que está en juego el mínimo vital de la actora y de su hija. Circunstancia fácilmente deducible, como lo hizo el ad quem, al verificar que el salario fijado para el cálculo de autoliquidación de aportes a Salud Total (fls. 11 a 17), correspondía al mínimo legal. Situación económica agravada con la circunstancia de que, al menos al momento de presentar esta acción de tutela, la actora estaba desempleada, pues había renunciado a su empleo en la sociedad demandada, aduciendo, precisamente, su estado de embarazo, que para tal época era un hecho evidentemente notorio : le faltaban 11 días para un parto que tuvo 39 semanas de gestación, como lo señala el certificado de incapacidad, licencia de maternidad, expedido por Salud Total, que obra a folio 20.

Es más, ni siquiera podría oponerse a la prosperidad de esta acción el hecho de que fue presentada días después de haberse cumplido el período de los 84 días correspondientes a la licencia reclamada, porque, tal como lo señaló la Corte en reciente sentencia, ante el imperativo constitucional de proteger al niño (artículos 44 y 50 de la Constitución), resulta procedente conceder la protección reclamada aún superado este período, pues “la ius fundamental de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.” (sentencia T-999 de 2003).

Es de observar que se trata de un criterio nuevo de esta Corporación, que constituyó un cambio de jurisprudencia, en razón de un aprovechamiento injustificado, por parte de algunas EPS, de la anterior jurisprudencia. En efecto, se ha constatado que unas EPS dilataban el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, con el fin de superar el término de los 84 días, y así eludir el pago de las mismas por una orden del juez constitucional, al argumentar la improcedencia por haberse incoado después de este tiempo. Como lo dijo la Corte, en el caso de la licencia de maternidad, el período para interponer la acción de tutela se puede extender hasta por un año, si así lo estima la madre, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Entonces, no estando en discusión de que el derecho a la licencia de maternidad se causó, lo

que debe dilucidar la Sala de Revisión es cuál de las dos entidades contra las que se dirigió la acción de tutela debe responder por el reconocimiento y pago de la misma : Salud Total o el antiguo empleador de la actora. Se trata de un punto evidentemente controversial, que sólo puede ser definido por la autoridad competente, en razón de los argumentos que cada una esgrime.

Sin embargo, esta circunstancia no implica que el juez de tutela se abstenga de dictar la orden correspondiente, encaminada a proteger el derecho del ciudadano afectado, pues, también, como lo ha expresado esta Corporación (sentencia SU-562 de 1999), la persona no tiene porque sufrir las consecuencias derivadas de esta clase de discusiones, ni, mucho menos, tener que esperar a que la autoridad competente dirima el conflicto, y mientras tanto continúe la vulneración de los derechos fundamentales.

En estos casos, la jurisprudencia ha indicado que el juez constitucional debe impartir la orden pertinente, encaminada a poner fin inmediatamente a la vulneración de los derechos fundamentales. Pero, a su vez, permitiendo que quien deba cumplir la orden, pueda aminorar las consecuencias económicas que ella implique y que legalmente no tenga que asumir. Tratándose de las EPS, en la generalidad de las ocasiones, la Corte ha dispuesto que la entidad pueda repetir contra el Fosyga, con el fin de recuperar los gastos en que incurrió y que no estaba obligado a soportar.

En el caso objeto de esta revisión, hay que recordar que se está ante una afiliación tardía por parte del empleador, pues la actora fue afiliada dos meses después de iniciada la vinculación laboral. Este asunto está fuera de discusión, ya que los documentos así lo prueban, y no lo niega ni la propia sociedad de abogados demandada, y es, precisamente, el punto que alega la EPS para negar el reconocimiento y pago de la licencia.

Pero de otra parte, tampoco deja de observar la Corte que si bien la afiliación fue tardía, la demandante, a través de su empleadora, cotizó 30 de las 39 semanas, anteriores al parto.

Es decir, para la Sala, en el pago de esta licencia de maternidad deben concurrir tanto la EPS como la empleadora que incumplió con la afiliación oportuna.

Por ello, se revocará la sentencia que se revisa, y en su lugar se concederá la tutela pedida a favor de la demandante, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la maternidad,

seguridad social y a la protección del recién nacido.

Para tal efecto, se ordenará a Salud Total EPS, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar a favor de la demandante el valor de la licencia de maternidad a que tiene derecho. Salud Total, a su vez, puede repetir contra el Fosyga y contra Carrillo Abogados Asociados Ltda., la parte proporcional que a cada uno corresponda, respecto del pago aquí ordenado.

Solo resta señalar que esta Sala de Revisión acoge las observaciones que el ad quem hizo sobre las consideraciones del juez de primera instancia, para denegar la acción de tutela. En efecto, el a quo no hizo ningún esfuerzo por dilucidar si se estaba ante un debate meramente económico o si estaba comprometido el mínimo vital de la demandante. Además, confundió el estado de embarazo con una preexistencia, para concluir que la EPS no tenía porque pagar la licencia.

Y, de otro lado, tampoco comparte la Corte las consideraciones del ad quem al estimar que la legalidad o no de la renuncia motivada de la actora se erige en el asunto principal pedido en esta acción, y, en esas condiciones, no podía prosperar la tutela, ya que tal asunto es de la órbita de los jueces laborales.

Sobre esta apreciación, debe señalarse que la propia actora limitó su solicitud de amparo sólo al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, derecho que, como se vio, debe dar lugar a la protección.

### 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 :

Revocar la sentencia del Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Cali, de fecha diez y ocho (18) de junio de dos mil tres (2003) en la acción de tutela presentada por Lady Adriana Burbano Ceballos contra Salud Total EPS y Carrillo Abogados Asociados Ltda. En consecuencia se concede la tutela para la protección de los derechos fundamentales a la

maternidad, seguridad social y a la protección del recién nacido.

Como se advirtió en la parte motiva de esta providencia la EPS puede repetir contra el Fosyga y Carrillo Abogados Asociados Ltda. la parte proporcional al pago aquí ordenado.

Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)