

Sentencia T-1160/08

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Línea jurisprudencial

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos legales para el reconocimiento y pago

Siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, así como en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000 y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236, se desprenden los siguientes requisitos, que han sido sintetizados por esta Corporación de la siguiente manera: (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 y (iv) no encontrarse en mora en dicho momento. Una vez se cumplan estos requisitos, es obligación de las EPS reconocer y hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad.

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela

TRABAJADORA INDEPENDIENTE-Pago de licencia de maternidad por allanamiento a la mora por EPS

Referencia: expediente T- 2.021.473

Acción de tutela instaurada por Sara Edith Benavides García contra HUMANAVIVIR E.P.S..

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el veintitrés (23) de noviembre de dos mil siete (2007), en el asunto de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

El dos (2) de noviembre de dos mil siete (2007), Sara Edith Benavides García interpuso acción de tutela contra HUMANA VIVIR EPS, por considerar que esta empresa, con su actuación, conculcaba sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido.

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. Relató que es trabajadora independiente y que ha cotizado desde el 28 de julio de dos mil tres (2003) a la empresa accionada.
2. Señaló que el nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007) fue atendida por el parto de su hijo, quien nació vivo. Por esta razón, obtuvo 84 días de incapacidad.
3. Manifestó que “(...) [m]ediante carta informativa con NO. DSC INC HB 12/10/2007/001 se [le] inform[ó] que la licencia de maternidad no [podía] ser autorizada por la EPS, debido [a] que no cumpl[ía] con los lineamientos del Art. 21 [del] Decreto 1804 de 1999 y por el Decreto 1406 de 1999.”
4. Indicó que toda mujer se hace acreedora de la licencia de maternidad si “(...) ha pagado oportunamente por lo menos durante cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la (sic) fecha de inicio de la licencia de maternidad (...)”.
5. Relató que cotizó ininterrumpidamente durante el periodo de gestación, mas en “(...) ocasiones, [lo hizo] de forma extemporánea debido a ciertas dificultades económicas.”

## 2. Solicitud de tutela.

Aduciendo que la negativa de la empresa de cancelarle la licencia de maternidad transgredió sus derechos fundamentales y la protección constitucional reforzada de la mujer embarazada y parturienta, así como los derechos fundamentales de su hijo, solicitó al juez de tutela que ordenara a la EPS HUMANA VIVIR reconocer y pagar a su favor la correspondiente licencia de maternidad.

## 3. Intervención de la parte demandada.

La apoderada judicial de HUMANA VIVIR EPS, actuando dentro del término conferido por la autoridad judicial, solicitó que las pretensiones de la accionante fueran desestimadas y que se integrara el litis consorcio necesario vinculando al “(...)empleador de la accionante (...)” . Para esto, argumentó que la licencia de maternidad no “(...) puede ser tramitada en virtud a que (...) verificado el estado de cuenta se evidenció NO PAGOS OPORTUNOS en los meses de MAYO A SEPTIEMBRE de 2007 (...)”. Por esta razón “(...) la licencia debe ser asumida por el empleador (...)” de la demandante y no por la EPS.

## 4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Carta expedida por HUMANA VIVIR EPS el doce (12) de octubre de dos mil siete (2007), en la cual se le responde a la accionante que “(...)la incapacidad de fecha 09/10/2007 (...) a nombre de la señora Sara Edith Benavides (...) no puede ser tramitada ya que no reúne o cumple con lo establecido en el Decreto 1804 de 1999, (...) debido al registro de PAGOS INOPORTUNOS en los meses de Mayo, Junio, Julio, Agosto y Septiembre [de] 2007 el cual corresponde al 4 día hábil. (Cuad. 1, folios 9 y 10).

a. Epicrisis elaborada en la Clínica San Rafael el ocho (8) y nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007). Como edad de la señora Sara Edith Benavides García aparece veinticinco (25) años. (Cuad. 1, folios 13 y ss.).

a. Historia clínica de recién nacido. Aparece como madre Sara Edith Benavides García y fecha de alumbramiento el nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007). (Cuad. 1, folios 18 y 19)

a. Fotocopia de cédula de ciudadanía perteneciente a Sara Edith Benavides García, con fecha de nacimiento diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982). (Cuad. 1, folio 20)

a. Copia de carné de afiliación de la actora a la EPS HUMANA VIVIR. Aparece la siguiente información: cotizante, nivel I. (Cuad. 1, folio 20).

a. Copia de liquidación de aportes desde enero de dos mil siete (2007), hasta septiembre de ese año. Como salario base de cotización, en el mes de septiembre, se observa \$408.500,00 pesos. (Cuad. 1, folios 22 a 30)

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Conoció de la causa el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con función de Control de Garantías, que mediante decisión única de instancia, proferida el veintitrés (23) de noviembre de dos mil siete (2007), resolvió denegar el amparo solicitado por Sarah Edith Benavides García.

El juez de instancia consideró, en primera medida, que la acción de tutela, a través de la cual se reclama la licencia de maternidad, es procedente cuando de ella depende la satisfacción del mínimo vital de la madre y de su hijo. En segunda medida, indicó que la accionante es una cotizante independiente, por lo que el argumento esbozado por demandada respecto a la responsabilidad del empleador en el pago de la licencia por mora, carece de toda lógica. En este sentido, señaló que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en determinar que aún frente a desembolsos extemporáneos, si las “(...) Entidades Promotoras de Salud aceptan estos pagos, (...) implica que se acepta la mora porque no se alegó al momento de efectuar el aporte (...)”.

Sin embargo, encontró la autoridad judicial que la acción de tutela interpuesta por la demandante no estaba llamada a prosperar, toda vez que “(...) nada dicen las diligencias en torno a que la misma sea madre cabeza de familia, y mucho menos que sea la única persona que vela por la manutención de su hijo (...)”. Concatenado a lo anterior, manifestó que “(...) las reglas de la experiencia enseñan que en muchos casos se opta por el trabajo independiente por resultar mas (sic) favorable desde el punto de vista económico (...)”.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Nueve, mediante auto del veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

#### 2. Problema jurídico y esquema de resolución

De acuerdo con los antecedentes expuestos, esta Sala analizará el siguiente problema jurídico para resolver el asunto de la referencia: ¿Hay vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y la vida digna, de una madre y su hijo cuando la EPS HUMANA VIVIR niega hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad, arguyendo que no se pagaron oportunamente las cotizaciones?

Para resolver el problema jurídico anteriormente planteado, esta Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación respecto a: (i) el objetivo y alcance de la licencia de maternidad para proteger los derechos fundamentales de las mujeres y de la población recién nacida, (ii) procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad (iii) requisitos determinados en el ordenamiento jurídico para que una madre pueda acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, (iv)

interpretación jurisprudencial que se ha dado respecto a estos requisitos y el allanamiento en la mora, y (v) término para interponer la acción de tutela buscando el reconocimiento y pago de dicha prestación. Posteriormente se entrará a resolver el caso en concreto.

(i) La licencia de maternidad: mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres y de la población recién nacida. Reiteración de jurisprudencia.

Una de las obligaciones del Estado Colombiano, originada no sólo en la Constitución, sino por la aprobación y posterior ratificación que éste ha hecho de múltiples tratados y convenios internacionales, es la salvaguarda de los derechos de las mujeres y de la niñez. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) incluyen dentro de su articulado obligaciones en cabeza de los Estados parte de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Así mismo, consagran la obligación de dar especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, esto mediante la concesión de una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social<sup>1</sup>.

Así mismo, la Constitución Colombiana desarrolló una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable –art. 13- y la disposición superior del artículo 43 según el cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. En este sentido, las normas aludidas no diferencian si se trata de una madre cabeza de familia o de cualquiera otra mujer, pues ambas han sufrido a lo largo de la historia occidental exclusiones en razón al embarazo, al parto y a la lactancia.

De esta forma, el constituyente reconoció que la mujer ha sido discriminada por razones de género, por este motivo, en el citado artículo estableció que “(...)la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación(...)” y a continuación hizo énfasis en la protección de que goza durante y después del parto, lo que permite a esta Sala señalar que el embarazo y parto han sido fuentes de discriminación para la mujer y que es deber de todas las autoridades tomar las medidas pertinentes cuando por motivo de la gravidez se producen actos que a todas luces son abusos y maltratos contra la mujer. No sobra decir, que

el artículo 13 de la Constitución consagró como una de las obligaciones del Estado “(...) sancionar los abusos o maltratos que contra [las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta] se cometan”.

Con sustento en las normas citadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres – sin diferenciar si son o no madres cabeza de familia- durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarles el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos.<sup>2</sup> En este orden de ideas, tal prestación es inescindible de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supraleales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no desconocen la importancia de la licencia de maternidad y no pueden ser interpretados de forma contraria.

En conclusión, aún cuando la licencia de maternidad es una prestación económica y para acceder a la misma sea necesario cumplir determinados requisitos previamente establecidos, el pago de tal prestación configura un derecho fundamental, siendo así susceptible de protección por vía de acción de tutela.

La procedencia de la acción de tutela para demandar el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad ha sido analizada en reiteradas ocasiones por esta Corporación. Así, en sentencia T-947 de 20053, reiterando la jurisprudencia de la Corte, se indicó:

“En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional<sup>4</sup> ha sostenido que existe una protección doblemente reforzada en relación con los derechos de la madre y su hijo, quienes forman una unidad cuando se trata de acceder a los derechos constitucionales de los cuales son titulares.

Asimismo, a través de la jurisprudencia, este Tribunal ha desarrollado algunas directrices sobre la procedibilidad de la acción de tutela en casos en los cuales se reclama ante el juez constitucional el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. De acuerdo con lo anterior, los temas a los que se ha referido la jurisprudencia son<sup>5</sup>: (i) la garantía del derecho al mínimo vital a través de la licencia de maternidad, (ii) la responsabilidad de las E.P.S o del

empleador en relación con el pago de la licencia de maternidad y (iii) el período durante el cual una mujer puede invocar o solicitar ante el juez constitucional el reconocimiento de la licencia de maternidad.

De esta forma, la sentencia T- 549 de 20056 reiteró como requisitos de procedibilidad de la acción de tutela los siguientes:

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 promotora de servicios 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).(subrayas fuera del original).

a. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella 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, T-707/02 y T-996/02).”(Subrayas fuera del original).”

(iii) Requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La ley 100 de 1993 desarrolló las disposiciones sobre seguridad social emanadas tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano. De esta forma, en relación con la protección de los derechos a la salud y mínimo vital, así como la obligación de prestar especial protección a las madres parturientas, “esta ley consagró que la licencia de maternidad constituye una prestación económica que responde a la contingencia causada por la situación de maternidad de las mujeres. De acuerdo con el artículo 162 de la Ley ídem, el Plan de Salud Obligatorio permitirá “la protección integral de las familias a la maternidad”<sup>7</sup>8.

El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a las afiliadas cotizantes corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las EPS, quienes deberán aplicar el régimen señalado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (Art. 172 num. 8). No obstante, el conjunto de normas que regulan la materia han establecido ciertos requisitos para que se haga efectivo el reconocimiento y pago de dicha prestación.

Siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 63 del Decreto 806 de 19989, así como en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000<sup>10</sup> y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236<sup>11</sup>, se desprenden los siguientes requisitos, que han sido sintetizados por esta Corporación de la siguiente manera: (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 y (iv) no encontrarse en mora en dicho momento<sup>12</sup>. Una vez se cumplan estos requisitos, es obligación de las EPS reconocer y hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad.

(iv) Alcance e interpretación de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; el caso del allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en razón al carácter y función de la licencia de maternidad, como prestación que busca brindar protección a las madres y a sus hijos recién nacidos, los requisitos legales no pueden ser entendidos como férreas barreras que impidan el acceso de las mujeres a esta prestación, pues de lo contrario se vulnerarían sus derechos y los de sus hijos.<sup>13</sup> En este sentido, esta Corporación ha precisado que aún en los casos en que exista falta parcial o extemporaneidad de los aportes al sistema

de seguridad social, bajo determinadas condiciones, las EPS están obligadas a efectuar el reconocimiento y pago de dicha licencia.<sup>14</sup>

En múltiples ocasiones,<sup>15</sup> esta Corporación ha señalado que en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, en los casos en que la Empresa Promotora de Salud, a pesar de la falta parcial o extemporaneidad de las cotizaciones efectuadas por el empleador o la trabajadora, no haya requerido de manera expresa el pago respectivo o no haya manifestado su rechazo, deberá reconocer y pagar la prestación económica reclamada a favor de su beneficiaria.<sup>16</sup> Ello por cuanto, la actitud omisiva por parte de la entidad en este sentido “[n]o puede ser alegada a su favor frente a la parte más débil de la relación, la madre y su hijo, que por demás, sí ha participado en el sistema amparada en la buena fe y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.”<sup>17</sup> En este sentido, en sentencia T-559 de 2005,<sup>18</sup> esta Corporación afirmó:

“En el caso de madres que trabajan de manera independiente, el gravamen que impondría la ley si no se reconociera el allanamiento a la mora en el que incurren las E.P.S., podría ser mayor al que tienen aquellas que son laboralmente dependientes, ya que, en el caso de éstas últimas, ante el no pago de la licencia por parte de la E.P.S. correspondiente, las madres tienen la posibilidad de cobrar el auxilio de maternidad a su empleador, cuando la negativa en el pago por parte de la entidad promotora de salud se debe a un incumplimiento en las obligaciones que tiene éste para con el sistema. En cambio, cuando estamos ante un caso de una trabajadora independiente, frente a la imposibilidad para trabajar durante el tiempo de la licencia y la negativa de pago por parte de la E.P.S del auxilio por maternidad, la madre no tendría a quien acudir para que asumiera esa obligación, lo cual la dejaría desprotegida a ella y a su hijo recién nacido.”

En conclusión, en aplicación de la figura jurídica del allanamiento a la mora, las EPS no podrán abstenerse de reconocer y pagar la licencia de maternidad a las trabajadoras dependientes, así como a las trabajadoras independientes, en los casos en que frente a la cancelación extemporánea de los aportes al sistema de seguridad social en salud han aceptado el pago.

(v) Término para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad mediante la acción de tutela. (Reiteración de jurisprudencia)

Un aspecto de particular relevancia frente al reclamo por vía de acción de tutela de la licencia de maternidad fue tratado en la sentencia T- 999 de 2003 y reiterado en la sentencia T - 549 de 2005, el cual versa sobre la oportunidad para interponer la acción de tutela. Así, dicha sentencia se reiteró:

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, de conformidad con la última jurisprudencia planteada por esta misma Sala, conforme a la cual “ siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”.

En conclusión, (I) en el ordenamiento jurídico colombiano y por mandato expreso de la Constitución, para garantizar la materialización de un orden social justo, debe primar lo material sobre lo formal. Por ende, una interpretación o aplicación rígida de las normas, que lesione derechos fundamentales es inaceptable y debe ser reemplazada por una que materialmente proteja los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido. En este sentido, la falta parcial de cotizaciones no puede ser un obstáculo para que las mujeres reciban la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad. De igual forma, cuando se efectúan pagos extemporáneos y la EPS recibe el pago, se produce el allanamiento a la mora; por lo que dicha empresa debe asumir la carga de la mencionada prestación económica. Por último (II), como fue indicado en la sentencia T-999 de 2003 el plazo para reclamar la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad por vía de acción de tutela es de un año.

### 3. Análisis del caso en concreto

3.1 Sara Edith Benavides García interpuso acción de tutela contra HUMANA VIVIR EPS, el dos (2) de noviembre de dos mil siete (2007), por considerar que esta empresa, al negarse a cancelarle las sumas correspondientes a la licencia de maternidad conculcaba sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido.

Al momento de interponer la acción de tutela, relató que es una trabajadora independiente y cotiza a la demandada desde julio de dos mil tres (2003). El nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007) nació su hijo y la atención del parto fue costeadada por la empresa accionada. Debido a este hecho, la EPS le confirió una incapacidad de 84 días. Sin embargo, HUMANA VIVIR se rehusó a cancelarle las sumas de la respectiva licencia de maternidad, por haber pagado extemporáneamente las cotizaciones. Con sustento en los anteriores hechos, la señora Benavides solicitó al juez de tutela que ordenara a la EPS demandada pagarle los montos respectivos a que tiene derecho.

Mediante decisión única de instancia, proferida el veintitrés (23) de noviembre de dos mil siete (2007), el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías resolvió denegar el amparo solicitado por la señora Sara Edith Benavides García. El A quo sustentó su decisión indicando que, si bien en el caso en concreto operaba el allanamiento a la mora debido a la aceptación extemporánea de los pagos efectuados por la accionante, no se evidenciaba – ni había sido manifestado por la actora – la afectación al mínimo vital. En este sentido, enfatizó que el hecho de que la accionante fuera una trabajadora independiente, obligaba a considerar que su situación económica era tal que no requería el pago de la licencia de maternidad para cubrir su mínimo vital. De igual forma, señaló que la licencia de maternidad sólo podía ser ordenada por el juez de derechos fundamentales cuando la mujer que interponía la acción de tutela era madre cabeza de familia.

3.2 Según la historia clínica de la accionante (Cuad. 1, folios 18 y 19), el nueve (9) de octubre de dos mil siete (2007) nació su hijo. La acción de tutela fue interpuesta por la señora Benavides el dos (2) de noviembre de dos mil siete (2007). Por ende, la actora acudió al juez de tutela, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales, un mes después del alumbramiento de su descendiente. De esta forma, se cumple el requisito indicado en las consideraciones generales de esta providencia para que esta prestación económica sea susceptible de ser reclamada a través de la acción tuitiva de derechos fundamentales.

3.3 De los hechos narrados por ambas partes en el proceso, la Sala encuentra que el conflicto jurídico versa, sobre el pago efectuado extemporáneamente de las cotizaciones a la EPS HUMANA VIVIR. En este sentido, dentro del acervo probatorio se observan copias de liquidaciones de aportes que incluyen los meses entre enero de dos mil siete (2007) y septiembre de ese mismo año. El salario base de cotización en los meses de enero, febrero,

marzo, agosto y septiembre fue de \$408.500 pesos; mientras que para los meses de abril, mayo, junio y julio, el mismo fue de \$433.700 pesos. (Cuad. 1, folios 22 a 30). Sin embargo, tanto la actora, como la empresa demandada, indican que algunos de estos pagos fueron efectuados de manera extemporánea. En efecto, en la Carta expedida por HUMANA VIVIR EPS, el doce (12) de octubre de dos mil siete (2007), comunicándole a la accionante el motivo por el cual no cancelan la licencia de maternidad, indican que “(...) no reúne o cumple con lo establecido en el Decreto 1804 de 1999, (...) debido al registro de PAGOS INOPORTUNOS en los meses de Mayo, Junio, Julio, Agosto y Septiembre [de] 2007(...)”(Cuad. 1, folios 9 y 10). Es decir, la señora Benavides pagó a destiempo cinco de los nueve meses de gestación.

3.4 Ahora bien, lo cierto es que la demandada en ningún momento rechazó los pagos extemporáneos. De hecho, en cada uno de las liquidaciones de aportes aparece un sello donde se indica “(...) total pagado (...)” (Cuad. 1 folios 22 a 29), muestra suficiente de que la accionada aceptó los mismos. De esta forma, aún cuando los pagos se hayan efectuado tardíamente, la EPS HUMANA VIVIR se allanó a la mora y debe pagar la licencia de maternidad de Sara Edith Benavides García, según lo indicado en las consideraciones generales de esta sentencia.

3.5 En este sentido, la autoridad judicial de instancia consideró, de forma acertada, la ocurrencia del allanamiento a la mora y el deber de la accionada de cancelar la prestación a la demandante. No obstante, resolvió denegar el amparo solicitado, indicando que sólo podía prosperar el mismo en el caso de tratarse de una madre cabeza de familia y de demostrarse – o al menos indicarse – que requería el pago de la licencia de maternidad para que su mínimo vital no se viera afectado.

3.6 Como fue señalado en el fundamento normativo de esta providencia, el artículo 43 de la Constitución establece que la mujer – sin distinción alguna – “(...) no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (...)”. Así, debido a que ha sido sometida históricamente a exclusiones en razón de la maternidad, el mismo artículo indica que “(...) [d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...)”. De esta forma, el argumento del juez de instancia respecto a la prosperidad del amparo exclusivamente para madres cabeza de familia carece de sustento jurídico, pues la Constitución estableció dicha protección para toda mujer, independientemente de si ostenta,

o no, aquella calidad.

3.6 En este orden de ideas, la Sala encuentra que la actora demuestra, ante la ausencia de pago de la licencia de maternidad, la afectación a su mínimo vital. En primera medida, el hecho de que acuda al juez de derechos fundamentales a los dos (02) días del mes de noviembre, habiendo tenido el parto de su hijo el nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008), es una indicio de la urgencia de dicha prestación económica.

Como fue indicado anteriormente, durante los meses de enero y septiembre de dos mil siete (2007) el salario base de cotización de la accionante osciló entre los \$408.500 pesos y los \$ 433.700 pesos, suma que equivale al mínimo mensual legal vigente. Así mismo, el carné de afiliación de la señora Benavides a HUMANA VIVIR permite observar que se trata de una cotizante independiente correspondiente al nivel I (Cuad. 1, folio 20).

Así, estos hechos demuestran que efectivamente el mínimo vital de la demandante, así como el de su hijo, se vieron conculcados ante la ausencia de pago de la licencia de maternidad, mas estas pruebas fueron desestimadas por el juez de instancia debido a las erradas "(...) reglas de la experiencia (...) " que invocara.

3.7 No sobra insistir en que en el caso de las madres que trabajan de manera independiente y sólo perciben los ingresos provenientes de sus trabajos, la ausencia de pago de la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad acarrea una afectación grave a los derechos fundamentales propios y de sus hijos recién nacidos, toda vez que - ante la ausencia de una relación laboral- no existe empleador alguno que cancele dichos montos.

3.8 De esta forma, al considerar que los argumentos esbozados por el juez de instancia carecen de sustento, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y en su lugar tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna de la accionante y de su hijo, ordenándole a HUMANA VIVIR cancelarle la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

#### IV DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá el veintitrés (23) de noviembre de dos mil siete (2007), y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna de la señora Sarah Edith Benavides García y de su hijo.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS HUMANA VIVIR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, pague a Sara Edith Benavides García la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad.

TERCERO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social...”. Así mismo, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador aduce: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

2 Al respecto consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-022 de 2007, T-906 de 2006, T-383 de 2006, T-603 de 2006, T-947 de 2005

3 M.P. Jaime Araujo Rentería

5 Consultar sentencia T-549 de 2005.

6 M.P. Jaime Araujo Rentería

7 El texto completo del artículo 162 señala: “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

8 Sentencia T 022 de 2007

9 Artículo 63. “Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”.

10 “Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones”. El artículo 3 señala: “Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: 1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. 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...”

11 “La trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico en el cual debe constar: El estado de embarazo de la trabajadora; La indicación del día probable del parto; 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”.

12 Ver también: sentencias T-408 de 2006, T- 360 de 2006, T-947 de 2005, T-921 de 2005, T-444 de 2005 y T-641 de 2004 entre otras

13 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T- 931 de 2003 y T-022 de 2007

14 Se pueden consultar las sentencias T-053 de 2007 y T-487 de 2006.

15 En este sentido, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-122 de 2007, T-983 de 2006, T-615 de 2005, T-922 de 2004 y T-1068 de 2003.

16 Al respecto, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-390 de 2001 y T-1600 de 2000, T-950 de 2000, T-258 de 2000 y T-458de 1999.

17 Sentencia T-1224 de 2001 MP. Dr. Álvaro Tafúr Galvis.

18 MP. Dr. Álvaro Tafúr Galvis.