

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional a mujer gestante y a recién nacido

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

EMPLEADOR-Está obligado al pago de la licencia de maternidad cuando no cancela los aportes

LICENCIA DE MATERNIDAD-Subreglas para determinar la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para acceder al pago y la definición del obligado a efectuar el pago

En conclusión, de acuerdo con las hipótesis estudiadas, se puede afirmar que la jurisprudencia constitucional ha aplicado las siguientes subreglas para determinar la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad y la definición del obligado a efectuar el pago: -Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos de las cotizaciones pero la EPS los recibe, se allana a la mora y debe pagar la licencia de maternidad a la mujer cuando se causa el derecho. - Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos que son rechazados por la EPS, deja de pagar las cotizaciones, o incumple cualquiera de los requisitos legales para que la mujer pueda acceder al pago de la licencia de maternidad, se hace responsable por el pago de la misma: Si el empleador se encuentra vinculado al proceso de tutela la orden debe ser proferida en contra de él. Si el empleador no se encuentra vinculado al proceso de tutela, la orden no puede ser proferida contra la EPS y el empleador en todo caso se encuentra obligado a pagar la licencia.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Diferencias entre pagar y financiar la prestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación

LICENCIA DE MATERNIDAD-Orden al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional

de Seguridad Social en salud o a la Comisión de Regulación en Salud de adoptar medidas para corregir la falla en la regulación consistente en la ausencia de mecanismos para reclamar la prestación

Específicamente, dichas medidas se orientarán a definir un procedimiento que permita solucionar (i) los conflictos provenientes de la solicitud de pago de su licencia de maternidad y (ii) las controversias generadas por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la regulación. Así mismo las medidas referidas deberán garantizar que los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad protegen los derechos fundamentales de las mujeres. Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado anteriormente en esta sentencia, estas medidas deberán: (a) tener en cuenta especialmente a las mujeres más vulnerables del país, (b) respetar los límites mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia constitucional, (c) tener en cuenta el tiempo real que dura la gestación, frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud, en vista de lo señalado en el apartado 4.3 de la presente providencia y (d) orientarse a reducir efectivamente la interposición de acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Compensación por parte del Administrador Fiduciario del FOSYGA y el Ministerio de Protección Social de las prestaciones que hayan sido pagadas por las entidades promotoras de salud

Si vencido el término indicado de cuatro meses, el regulador no ha adoptado ninguna medida para impedir que las mujeres sigan viéndose obligadas a interponer acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, el Administrador Fiduciario del Fosyga y el Ministerio de la Protección Social deberán compensar las licencias de maternidad que hayan sido pagadas por las entidades promotoras de salud a las mujeres, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial que lo autorice. Esta compensación opera en las siguientes situaciones: (1) 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 período 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. (2) Mujeres pobres que pagaron incompleto: Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior

a un salario mínimo y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera: a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia. 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. En ninguno de estos casos puede haber transcurrido más de un año entre el nacimiento y la solicitud del pago de la licencia. En aquellas situaciones en las que la mora en el pago, o el no pago, resulte imputable al empleador, la financiación corresponderá a éste. Para garantizar la efectividad de estas órdenes en la parte resolutive de esta providencia también se ordenará al Ministerio de Protección Social que envíe una comunicación a todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país en la que se incluyan los numerales vigésimo primero y vigésimo segundo de la parte resolutive de esta providencia.

Referencia: expedientes acumulados T-1729640; T-1730583; T-1732550; T-1827966; T-1830334; T-1831304; T-1833074; T-1833185; T-1833898; T-1834571; T-1834939; T-1835277; T-1836726; T-1838874; T-1845091; T-1845471; T-1845610; T-1848324; T-1849042; T-1850379.

Acciones de tutela instauradas por Luz Stella Bolívar Sora contra Saludtotal EPS, Lorena Sinisterra Sánchez contra Coomeva EPS, Milena Mena Chaverra contra Coomeva EPS, Viviana Tabares Meneses contra Servicio Occidental de Salud EPS, Adriana Patricia Rueda Torres contra Coomeva EPS, Arlet Johana Mensura Álvarez contra Humana Vivir EPS, Ayde Yurani Polo García contra Colmédica EPS, Shirley Patricia Pardo Salazar contra Coomeva EPS, Adriana Paola Sánchez Parra contra Saludtotal EPS, Sofía Andrea Ojeda Sánchez contra Coomeva EPS, Jenny Sirley Concha Soto contra Coomeva EPS, Denis Erlen Ordoñez Piamba contra Servicio Occidental de Salud SOS EPS, Yineth Cely Mosquera contra Famisanar EPS, María Estella Salazar Quintero contra Coomeva EPS, Claudia Patricia Domínguez Hernández contra Susalud EPS, Ingrid Patricia Charris García contra SaludTotal EPS, Doris Gualdrón Jiménez contra SaludTotal EPS, Elena María Vega Domínguez contra Coomeva EPS, Celmira Mejía Hernández contra Coomeva EPS, Kenia Liceth Romero Muñiz contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué y Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué (T-1729640); el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali (T-1730583); el Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdó (T-1732550); el Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira, Valle (T-1827966); el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín (T-1830334); el Juzgado Primero Civil Municipal de Tunja (T-1831304); el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta (T-1833074); el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla (T-1833185); el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ibagué y el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué (T-1833898); el Juzgado Primero Civil Municipal de Riohacha (T-1834571); el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá (T-1834939); el Juzgado Segundo Penal Municipal de Valledupar (T-1835277); el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla (T-1836726); el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena (T-1838874); el Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán (T-1845091); el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali (T-1845471); el Juzgado Penal Municipal de Ocaña (T-1845610); el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Santiago de Cali (T-1848324); el Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca y el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, Guajira (T-1849042); el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta (T-1850379)

Mediante auto del veinticuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007) proferido por la Sala de Selección número Diez de la Corte Constitucional seleccionó los expedientes T-1729640, T-1730583 y T-1732550 y los acumuló entre sí por presentar unidad de materia correspondiendo su revisión a la Sala Segunda.

Mediante auto de siete (7) de marzo de dos mil ocho (2008) proferido por la Sala de

Selección Numero Tres la Corte seleccionó los expedientes T-1827966, T-1830334, T-1831304, T-1833074, T-1833185, T-1833898, T-1834571, T-1834939, T-1835277, T-1836726 y T-1838874 y los acumuló entre sí por presentar unidad de materia correspondiendo su revisión a la Sala Segunda. Mediante auto de veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008) la Sala Segunda de Revisión acumuló, a su vez, estos expedientes al T-1729640.

Finalmente, mediante auto de ventiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2008) proferido por la Sala de Selección Numero Tres la Corte seleccionó los expedientes T-1840647 T-1845091; T-1845471; T-1845610; T-1848324; T-1849042; T-1850379 y los acumuló al T-1729640 por presentar unidad de materia.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos

1.1. Expediente T-1729640

Luz Stella Bolívar Sora presentó acción de tutela a través de apoderado en contra de Saludtotal EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y los derechos de los niños. La accionante se encuentra vinculada a Saludtotal EPS desde el 16 de febrero de 2006, en calidad de trabajadora dependiente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Unión Empresarial. El 21 de septiembre de 2006 dio a luz a su hijo en la IPS Clínica Tolima², por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días³, cuyo pago solicitó a la entidad accionada. El 20 de octubre de 2006⁴ la EPS negó la licencia de maternidad por considerar que no se cumplía el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. La accionante aduce que al momento de ingresar a la EPS desconocía su estado de gravidez y “(...) a pesar de que existió una falencia de unos días, esto se debió a que en ese lapso no

poseía un empleador que fuera responsable del pago de sus cotizaciones (...)" . Señala también que es madre cabeza de familia y devenga un salario mínimo, el cual es, en efecto, su Ingreso Base de Cotización⁵.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué. La EPS Saludtotal intervino ante el juez para indicar que: "La señora LUZ STELLA BOLIVAR SORA según lo que se observa a continuación tuvo 39 semanas de gestación y SOLO COTIZÓ 27 DE ELLAS, el tiempo restante debía haberlo cotizado para tener derecho a que el Sistema General de Seguridad Social en Salud le reconociera la prestación económica aquí solicitada, tal y como se demuestra con los datos arrojados por nuestra base de datos, lo anterior debido a que la fecha de su última menstruación fue el día 18 de diciembre de 2005 y la fecha en la cual dio a luz fue el día 21 de septiembre de 2006".

El 7 de junio de 2007 el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué profirió sentencia concediendo el amparo y ordenando a la EPS accionada canelar la licencia de maternidad de la actora. Argumentó el juez de primera instancia que: "(...) en vista de que la accionante ha manifestado en su solicitud que ha sido perjudicada por ser el único sustento que deriva ella y su hijo para su subsistencia, por ser madre cabeza de familia y no contar con otros recursos económicos y ante la imperiosa urgencia de la peticionaria en obtener protección para sus derechos fundamentales y los de su familia, en especial el de la digna subsistencia, por el no pago de una incapacidad médica lo que constituye una violación al derecho fundamental de la vida y salud, se hace necesario declarar que es procedente la tutela (...)". La sentencia de primera instancia fue impugnada por Saludtotal EPS bajo similares argumentos a los expuestos en la contestación de la tutela.

El 9 de julio de 2007 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué profirió sentencia de segunda revocando la decisión del juez de primera instancia y denegando el amparo, por considera que: "(...) la señora Bolívar Sora se afilió a Saludtotal cuando ya se encontraba en gestación (según sus propias afirmaciones y los datos esbozados dentro del escrito de tutela por parte de la EPS Saludtotal) y, para el momento del parto, le cual fue el 21 de septiembre del 2006 (según fotocopia del certificado de nacido vivo obrante a folio 10 del cuaderno 1) solo contaba con 27 semanas cotizadas. Así las cosas, es evidente que la accionante no cumplió con uno de los requisitos indispensables para el acceso a la licencia de maternidad, cual es la cotización ininterrumpida al sistema de salud durante el periodo de gestación".

1.2 Expediente T-1730583

Lorena Sinisterra Sánchez presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la seguridad social y mínimo vital. La accionante se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el 1 de noviembre de 2006 en calidad de cotizante independiente. El 7 de junio de 2007 dio a luz a su hijo, por lo que le fue otorgada la licencia de maternidad por 84 días⁶, sin embargo, la EPS accionada le negó el pago de dicha prestación económica por no cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Su Ingreso Base de Cotización corresponde a un salario mínimo.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali. La EPS Coomeva intervino ante el juez para señalar que: “(...) teniendo en cuenta la fecha del evento (nacimiento 07 de junio de 2007) se demuestra que la cotizante no cumplió con el requisito de haber cotizado durante todo su periodo de gestación, toda vez que su vinculación a Coomeva EPS fue el 01 de noviembre de 2006”. Finalmente, añade que la usuaria ha realizado pagos de forma extemporánea.

El 26 de julio de 2007 el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali profirió sentencia en la que denegó el amparo aduciendo que: “De los hechos expresados por la accionante no se colige ni se demuestra, que exista un perjuicio irremediable que haga viable la tutela como lo pretende, más aun si en cuenta se tiene, que la acción de tutela no fue instaurada en ese sentido y que además, no se alegó ni demuestra de manera alguna, que se esté vulnerando a la accionante el mínimo vital que si ampara la constitución. No obstante lo anterior, quiere el despacho dejar constancia que cuando suceden eventos, como el narrado en los hechos por la accionante, se exime a la Entidad Promotora de Salud (EPS) de cancelar la licencia de maternidad, pues ésta prestación esta sujeta al cumplimiento de un periodo mínimo de cotización, tal como lo consagra el artículo 3º del decreto 047 del año 2000”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 7 de junio de 2007, según el se afirma en la intervención de la EPS y la acción fue interpuesta el 11 de julio de 2007.

1.3. Expediente T-1732550

Milena Mena Chaverra presentó acción de tutela a través de apoderado en contra de

Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la igualdad, a la vida digna, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y los derechos de los niños. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 10 de noviembre de 2006 en calidad de independiente. El 14 de junio de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Vida7, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días⁸. El 22 de junio de 2007 la accionante solicitó a Coomeva EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Afirma que carece de recurso económicos y, en efecto, su Ingreso Base de Cotización es de un salario mínimo.⁹

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdo. La EPS Coomeva intervino ante el juez y señaló que: “Milena Mena Chaverra contaba, para la fecha del parto con 32 semanas de afiliación como cotizante y del certificado médico expedido se desprende claramente que el suyo no fue un parto prematuro. El tiempo de duración normal de una gestación a término es de 39 a 41 semanas; ello significa que la usuaria con 7 meses y 6 días de cotización ininterrumpida a la fecha del parto, no cumple con el requisito de ley, considerando además que, como se dijo, no se trató de un parto prematuro”.

El 2 de agosto de 2007 el Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdo profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) teniendo en cuenta que la accionante se afilió al sistema el 10 de noviembre de 2007, y que el parto sucedió el 14 de junio, y no el 17 como lo informa la EPS, es sumamente claro que no se cotizó ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, pues solo se hizo por el periodo de 7 meses y 4 días, equivalentes a 30 semanas y cinco días aproximadamente, sin que llegara a las cuarenta (40) que fue la real gestación en curso”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 17 de junio de 2007, según el se afirma en la intervención de la EPS y la acción fue interpuesta el 26 de julio de 2007.

1.4 Expediente T-1827966

El 31 de octubre de 2007 Viviana Tabares Meneses presentó acción de tutela en contra de Servicio Occidental de Salud EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, igualdad, a la seguridad social y al trabajo. La accionante afirma que se vinculó a

Servicio Occidental de Salud EPS a través de la Asociación Mutual Integral ASMIN el 2 de octubre de 2006, sin embargo las cotizaciones al sistema sólo fueron canceladas por dicha asociación a partir del 7 de noviembre del mismo año, momento a partir del cual la EPS cuenta las semanas de cotización para efectos de determinar la procedencia o no de la licencia de maternidad. El 20 de junio de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Nuestra Señora de los Remedios¹⁰, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días¹¹. El 11 de julio de 2007 la EPS expidió un comprobante de rechazo de indemnización en el cual afirma que “(...) Las semanas de embarazo cotizadas ininterrumpidamente, no están en el rango del certificado de nacido vivo”, argumento reiterado en la respuesta al derecho de petición instaurado por la accionante el 23 de julio de 2007, en el que solicita el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Afirma que carece de recursos económicos¹² y su Ingreso Base de Cotización era de un salario mínimo.¹³

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Quinto Penal Municipal de Palmira, Valle. La EPS Servicio Occidental de Salud intervino ante el juez y señaló que: “En nuestra base de datos encontramos que a la fecha de parto (20 de junio de 2007) contaba con 33 semanas de cotización en forma ininterrumpida, según certificado de nacido vivo (A 7997459) el recién nacido contaba con 39 semanas de gestación, tiempo superior al cotizado a la fecha de inicio de la prestación económica. || Teniendo en cuenta lo anterior no cotizó en forma ininterrumpida al Sistema General de Seguridad Social Salud durante todo el período de gestación; por lo cual basados en la normatividad vigente no se puede realizar el reconocimiento económico de la indemnización a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud (...)”.

El 3 de diciembre de 2007 el Juzgado Penal Municipal de Palmira, Valle profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) no (sic) cumplen los requisitos para otorgarse la licencia de maternidad por vía tutela al impetrarse la acción de tutela después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa, (...) En cuanto al reclamo por haber cotizado 33 semanas, no puede ser posible, deben cumplirse 39 semanas de cotización, de las cuales comenzó desde el mes de noviembre del año dos mil seis (2006)”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 20 de junio de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 19 de noviembre de 2007.

1.5 Expediente T-1830334

Adriana Patricia Rueda Torres presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la protección y asistencia de la mujer embarazada. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS en calidad de afiliada independiente desde el 20 de febrero de 2007. El 24 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la IPS Clínica Soma¹⁴, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días¹⁵, cuyo pago solicitó a la entidad accionada. La EPS negó la licencia de maternidad por considerar que no se cumplía el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Si bien la accionante cotizaba por un salario mínimo, en comunicación telefónica entre la accionada y el Juzgado que conoció en primera instancia, frente a la pregunta sobre la conformación del núcleo familiar y el origen de los recursos lo sustentan, la tutelante manifestó que su esposo laboraba y se encargaba del sostenimiento del hogar.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín. La EPS Coomeva intervino ante el Juez y afirmó: “(...) Como se dijo la Sra. ADRIANA PATRICIA RUEDA TORRES contaba, para la fecha del parto con 27 semanas de afiliación como cotizante y del certificado médico expedido se desprende claramente que el suyo fue un parto normal; ello significa que la usuaria, con 6 meses y 4 días de cotización ininterrumpida a la fecha del parto, NO CUMPLE CON EL REQUISITO DE LEY, considerando además que, como se dijo, no se trató de un parto prematuro”.

El 28 de septiembre de 2007 el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín profirió sentencia declarando improcedente la acción de tutela por considerar que: “(...) no se probó ese requisito fundamental para amparar a la accionante con el pago de la licencia de maternidad por medio del fallo de tutela, cual es, el de haber demostrado violación al mínimo vital que comprende la manutención de su núcleo familiar; contrario a ello según constancia de secretaría visible a folios 21 frente, la señora Adriana Patricia Rueda y su hijo tienen asistencia alimentaria por parte de su esposo, con

quien reside en el municipio de Itsmina-Chocó". Esta providencia no fue objeto de impugnación.

El menor nació el 24 de agosto de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 18 de septiembre de 2007.

1.6 Expediente T-1831304

Arlet Johana Mensura Álvarez interpuso acción de tutela en contra de Humana Vivir EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la maternidad, a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección del recién nacido. La accionante se encuentra afiliada a Humana Vivir EPS desde el 17 de noviembre de 2006 en calidad de trabajadora dependiente de Impulso y Mercadeo S.A. El 8 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la Fundación Clínica Universitaria Santa Catalina¹⁶, por lo que le fue otorgada la licencia de maternidad por 84 días¹⁷, sin embargo, la EPS accionada le negó el pago de dicha prestación económica aduciendo el incumplimiento del requisito legal de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. En el escrito de tutela, la accionante afirma no contar "(...) con los mínimos recursos para su subsistencia [de su hijo], teniendo que acudir a la caridad de mis familiares para poder comprar la leche y los pañales que necesita.". Su ingreso base de cotización era de un salario mínimo.¹⁸

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Civil Municipal de Tunja. La EPS Humana Vivir intervino ante el juez y manifestó que la licencia de maternidad no puede ser tramitada "(...)en virtud a que no reúne o cumple con lo establecido en el Decreto 047 del 2000, motivo por el cual el costo de la Licencia debe ser asumida por el Empleador sin que pueda obtener el derecho al reembolso por parte de nuestra EPS, en virtud a la responsabilidad que le acaece ya que al momento del parto contaba con TREINTA Y UNO (sic) (31) semanas de cotización al sistema (...)".

El menor nació el 8 de agosto de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 19 de octubre de 2007.

1.7 Expediente T-1833074

Ayde Yurani Polo García presentó acción de tutela en contra de Colmédica EPS por considerar

que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la igualdad, a la vida, debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana. La accionante afirma que se encuentra vinculada a Colmédica EPS desde hace más de dos años y que está al día con los pagos a esta entidad. El 27 de abril de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica el Prado de Santa Marta¹⁹, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días²⁰. Posteriormente, la accionante solicitó a Colmédica EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación²¹. Su Ingreso Base de Cotización era de un salario mínimo.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta. La EPS Colmédica intervino ante el juez y señaló que: “La licencia de maternidad se rechazó por las causales “semanas cotizadas afiliaciones no suficientes” y “semanas cotizadas pagos no suficientes”, esto debido a que la cotizante inicia vigencia con nosotros 01/11/2006 como nueva y el bebé nació 27/04/2007 con un período gestacional de 280 días lo cual indica que no cotizó durante todo el período de gestación”.

El 29 de junio de 2007 el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta profirió sentencia en la que denegó el amparo aclarando, primero, que “(...) de acuerdo al material probatorio allegado al proceso la accionante en el año 2004 se encontraba afiliada a dicha entidad como beneficiaria y no como cotizante, pues solo principió sus aportes en salud como cotizante el mes de diciembre del año 2006 lo cual lleva al despacho a concluir que desde el inicio de las cotizaciones hasta la fecha del parto la accionante solo cotizó durante 5 meses de su periodo de gestación lo que equivale a 20 semanas de las 36 que exige el decreto 806 de 1998 lo que quiere decir que le faltaron 16 semanas de cotización para que se le pueda reconocer el pago de la Licencia de Maternidad.”. Concluye así el juez que: “(...) la accionante no se encuentra ad portas a obtener el derecho como lo ha expresado la jurisprudencia en mención para acceder a la cancelación de dicha prestación (licencia de maternidad)”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 27 de abril de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 14 de junio de 2007.

1.8 Expediente T-1833185

Shirley Patricia Pardo Salazar presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, a la vida digna, a la niñez, a la protección al recién nacido, a la familia, a la maternidad y al mínimo vital. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde abril de 2006, en calidad de afilada independiente. El 25 de noviembre de 2006 dio a luz a su hijo en la Clínica del Mar de Barranquilla, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días, sin embargo, en el certificado de incapacidad o licencia expedido por la Entidad se niega el pago de la prestación económica en cuestión por no cumplir la afiliada “(...) con la cotización ininterrumpida y completa exigida por la ley para reconocimiento económico del evento solicitado”. 22 Afirma que su trabajo es la única fuente de ingresos para ella y su hijo menor, aún cuando su ingreso sea superior a un salario mínimo²³.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla. Jorge S. Casalins Garizao, actuando como agente oficioso de Coomeva EPS, intervino ante el Juez para indicar que: “La presente tutela se presenta un año después de producido el parto de la accionante, la cual ha superado la posibilidad de violación de su mínimo vital, por lo cual sólo se encuentra en vilo la protección de un Derecho de rango estrictamente legal, ya que como Derecho Fundamental, se encuentra superado (sic) la posibilidad del mínimo vital, la vida, el embarazo, etc.”.

El 7 de diciembre de 2007 el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla profirió sentencia denegando el amparo por considerar que: “(...) hasta la fecha del parto, esto es, el 25 de noviembre de 2006, la accionante sólo había cotizado un total de 257 días equivalentes a 36.7 semanas, lo cual quiere decir que el período de cotización no fue igual al período de gestación.”, por esto concluye que “(...) le asiste razón a COOMEVA EPS cuando negó el pago de la prestación derivada de la maternidad, como quiera que la demandante no cumple con los requisitos legales y reglamentarios pues el pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho a la cancelación de la licencia de maternidad por la EPS (...)”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 25 de noviembre de 2006, según el Registro Civil de Nacimiento y la tutela fue interpuesta el 22 de noviembre de 2007.

1.9 Expediente T-1833898

Adriana Paola Sánchez Parra presentó acción de tutela en contra de Saludtotal EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la protección de la mujer en embarazo (artículo 43 CP), al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad de oportunidades para los trabajadores (artículo 53 CP) y los derechos de los niños (artículo 44 CP). La accionante se encuentra vinculada a Saludtotal EPS desde el 21 de marzo de 2006, en calidad de afiliada independiente. El 27 de octubre de 2006 dio a luz a su hijo como consta en el registro civil de nacimiento del menor²⁴. Posteriormente, la tutelante solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, prestación que le fue negada aduciendo que “(...) el número de semanas de cotización [era] inferior al número de semanas de gestación”²⁵. Sobre su situación económica la accionante señala: “(...) me encuentro desempleada y no cuento con los recursos suficientes para el mantenimiento tanto de mi hijo como el mío (...), y el valor de la licencia por maternidad constituyen (sic) mi única fuente de ingresos para mi sostenimiento personal y el de mi hijo (...)”. Si bien no se aporta prueba de su Ingreso Base de Cotización, se encuentra clasificada en el rango de ingresos A.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Noveno Civil Municipal de Ibagué. La EPS Saludtotal intervino ante el juez y afirmó: “La señora ADRIANA PAOLA SÁNCHEZ según lo que se observa a continuación tuvo 39.6 semanas de gestación y SOLO COTIZÓ 32 DE ELLAS, el tiempo restante debía haberlo cotizado para tener derecho a que el Sistema General de Seguridad Social en Salud le reconociera la prestación económica aquí solicitada, tal y como se demuestra con los datos arrojados por nuestra base de datos.”.

El 17 de julio de 2007 el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ibagué profirió sentencia concediendo el amparo y ordenando a la EPS accionada cancelar la licencia de maternidad de la actora. Argumentó el juez de primera instancia que: “Con relación al número de semanas de cotización, argumento con el cual la EPS ha negado el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de la licencia de maternidad, según certificación que hace la EPS, y teniendo en cuenta que las semanas de gestación son 36 y no 39.6 como manifiesta la accionada, y de las cuales la señora Adriana Paola Sánchez, cotizó 32, como está comprobado documentalmente, tampoco es de recibido (sic) habida cuenta que si bien es cierto faltó cotizar 4 semanas, también es cierto que la EPS la aceptó como cotizante cuando ya tenía un mes de embarazo, sin condicionamiento alguno respecto a ello (...)” además, aduce el juez de instancia que “Está demostrado que la señora ADRIANA PAOLA SÁNCHEZ, es

trabajadora independiente, y en estas circunstancias, las prestaciones económicas por la licencia de maternidad, se constituye en el salario de la mujer que dio a luz, durante el tiempo que la trabajadora permanece retirada de sus labores, y es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre, como para el recién nacido”. La sentencia de primera instancia fue impugnada por Saludtotal EPS bajo similares argumentos a los expuestos en la contestación de la tutela.

El 6 de agosto de 2007 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué profirió sentencia de segunda revocando la decisión del juez de primera instancia y denegando el amparo, por considera que: “(...) la señora Adriana Sánchez se afilió a Saludtotal cuando ya se encontraba en gestación (según datos expresados por parte de la EPS Saludtotal dentro del escrito de contestación) y, para el momento del parto, le cual fue el 27 de octubre del 2006 (según fotocopia del certificado de nacido vivo obrante a folio 12 del cuaderno 1) solo contaba con 27 semanas cotizadas. Así las cosas, es evidente que la accionante no cumplió con uno de los requisitos indispensables para el acceso a la licencia de maternidad, cual es la cotización ininterrumpida al sistema de salud durante el periodo de gestación”.

El 28 de abril de 2008 Salud Total EPS allegó un escrito a la secretaría general de esta Corporación para indicar que en el caso de la accionante “(...) el período de cotización en semanas es muy inferior al período de gestación, ya que fueron 39.6 semanas de gestación por 32 semanas de cotización” y solicita que sea confirmada la decisión de instancia que denegó el amparo.

El menor nació el 27 de octubre de 2006, según el Registro Civil de Nacimiento y la tutela fue interpuesta el 29 de junio de 2007.

1. 10 Expediente T-1845610

Sofía Andrea Ojeda Sánchez interpuso acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la protección de la maternidad y los derechos de los niños. La accionante se vinculó a Coomeva EPS el 16 de diciembre de 2006 en calidad de independiente, posteriormente, el 22 de enero de 2007, cambió su afiliación a cotizante dependiente de Fundacoop. El 5 de julio de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Nuestra Señora de Torcoroma de Ocaña²⁶, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días²⁷.

La accionante solicitó a Coomeva EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, el 11 de septiembre de 2007 obtuvo una respuesta negativa por no cumplir los requisitos de cotizar oportunamente por lo menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho y de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. La tutelante es madre soltera cabeza de familia y afirma estar desempleada y no contar con los recursos económicos necesarios para el sostenimiento propio y el de su hijo. Su ingreso base de cotización era quinientos treinta y cinco mil pesos mensuales (\$535.000).

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Penal Municipal de Ocaña. La EPS Coomeva intervino ante el juez y señaló que: “(...) en razón a que el periodo de gestación según el registro de nacido vivo fue de 38 semanas que corresponden a algo mas de 9 meses de embarazo contados en retroceso a la fecha del parto, 5 de julio de 2007, lo que indica que el mes de concepción es el de Noviembre de 2006, el tiempo cotizado ininterrumpidamente durante este intervalo de tiempo fue de (5) meses, así entonces no se compensa por su cuarto (4) periodo de gestación, el mes de Febrero de 2007 por el cual solo cotizó por 9 días y tampoco por su primer periodo de gestación, el mes de Noviembre de 2006.”. Además, sobre el requisito de cotización oportuna dicha entidad afirmó que el empleador “(...) no cumple con cinco (5) de los pagos en la fecha reglamentaria, tercer (3) día hábil de cada mes, (...)”.

El 5 de diciembre de 2007 el Juzgado Penal Municipal de Ocaña profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) razón le asiste a la EPS COOMEVA, ya que efectivamente la accionante en autos no cumplió con lo expuesto en los decretos 1804/99 en su artículo 21, 1670/07, 806/98 y ley 100/93, y el despacho no puede ir a ordenar que se pague en forma proporcionada a lo cotizado en el sistema de seguridad social en Salud, cuando una persona no cumple con los requisitos legales (...)”. La sentencia de primera instancia fue impugnada por la accionante bajo similares argumentos a los expuestos en el escrito de tutela, recurso que fue declarado extemporáneo por el Juzgado Penal Municipal de Ocaña en auto del 12 de diciembre de 2007.

El menor nació el 5 de julio de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 23 de noviembre de 2007.

1.11 Expediente T-1845471

Jenny Sirley Concha Soto presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida digna, a la igualdad de oportunidades, al mínimo vital, a la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, a la seguridad social y los derechos de los niños. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 10 de abril de 2006 en calidad de trabajadora dependiente. El 23 de enero de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Santillana, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días²⁸. La accionante solicitó a Coomeva EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Su ingreso base de cotización fue de un salario mínimo.²⁹ Si bien cotizó durante todo el período de gestación, en el primer mes dejó de cotizar 9 días.³⁰

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Civil Municipal de Cali. La EPS Coomeva intervino ante el juez y señaló que: “(...) la Licencia de Maternidad de la señora Concha Soto, no es susceptible de pago ya que la afiliada NO cumplió con lo dispuesto en el Decreto 047 de 2000 Artículo 3, mediante el cual se establece que para ser acreedor de la Licencia de Maternidad se debe cotizar de manera ininterrumpida durante “TODO” el periodo de gestación. En el caso de la Señora CONCHA SOTO solamente cotizó Treinta y Dos (32) semanas de las Treinta y Seis (36) que dura el periodo de gestación”.

El 7 de marzo de 2007 el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) las pretensiones enunciadas por la actora son susceptibles de ser debatidas ante la jurisdicción laboral, (...)”. Esta decisión fue impugnada por la accionante basándose en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la licencia de maternidad en ciertos supuestos. En el escrito de impugnación la actora afirma necesitar dicha prestación económica “(...) para socorrer las necesidades básicas de mi hogar y mi hijo, pues no puedo laborar hasta dentro de 12 semanas (...)”. Sin embargo, el recurso no fue concedido por el Juzgado de primera instancia por haber sido presentado extemporáneamente.

El menor nació el 23 de enero de 2007, según la incapacidad y la tutela fue interpuesta el 23

de febrero de 2007.

1.12 Expediente T-1845091

Denis Erlen Ordoñez Piamba presentó acción de tutela en contra de Servicio Occidental de Salud SOS EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida digna y al mínimo vital. La accionante se encontraba afiliada a Servicio Occidental de Salud SOS EPS en calidad de beneficiaria y cambió su calidad a cotizante en el momento en que tenía un mes de gestación³¹. El 17 de noviembre de 2007 dio a luz a su hijo, por lo que le fue otorgada la licencia de maternidad por 84 días³², sin embargo, la EPS accionada le negó el pago de dicha prestación económica por no cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. En el expediente no hay constancia de la incapacidad económica de la accionante, ni ella afirma que carezca de la misma. Indica que se encuentra vinculada al Instituto de Bienestar Familiar, al parecer mediante contrato de prestación de servicios, razón por la cual cotiza como independiente.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán. La EPS Servicio Occidental de Salud SOS intervino ante el juez y señaló que: “La señora inició su licencia en noviembre 17 de 2007 a las 42 semanas de gestación, pero había cotizado aportes por 37 semanas ininterrumpidas y debió haber cotizado la misma edad de gestación es decir 42 semanas. (...) Por lo tanto no es viable ni legal que la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD le reconozca la prestación económica que aduce la accionante tener derecho dentro de su escrito de tutela, (...)”.

El 14 de enero de 2008 el Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que del material probatorio disponible en el proceso “(...) se colige que la accionante no cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación, y durante las primeras semanas de gestación, la señora DENIS ERLLEN ORDOÑEZ se encontraba afiliada a S.O.S EPS en calidad de beneficiaria, lo cual implicaba una relación jurídica diferente. ¶ Así las cosas, al no reunir los requisitos establecidos tanto por la legislación como por la jurisprudencia, no asiste derecho a la señora DENIS ERLLEN ORDOÑEZ de reclamar a SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S EPS el pago de la licencia de maternidad (...)”. Esta decisión no fue impugnada.

1.13 Expediente T-1834939

Yineth Cely Mosquera presentó acción de tutela en contra de Famisanar EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y los derechos de los niños. La accionante afirma que se encuentra vinculada a la EPS accionada desde el 1 de marzo de 1999. El 13 de julio de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica Colsubsidio Orquídeas, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días³³, cuyo pago solicitó a la entidad accionada. El 13 de septiembre de 2007³⁴ la EPS negó la licencia de maternidad por considerar que no se cumplía el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. La accionante señala que es madre cabeza de familia y que en la actualidad se encuentra desempleada. Cotizó como independiente 4 semanas estando afiliada en el período anterior como beneficiaria del padre de la menor. No se indica el Ingreso Base de Cotización, pero en el carné de afiliada aparece dentro del grupo de ingresos B.35

El 17 de enero de 2008 el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia denegando el amparo por considerar que: “(...) la licencia de maternidad otorgada a la accionante, se causó dentro del término comprendido entre las fechas 13 de julio de 2007 y 6 de octubre de 2007, data la cual se encuentra más que superada, ya que han transcurrido desde la terminación de la licencia a la presente fecha más de dos meses; razón por la cual no se encontraría afectado en forma alguna el mínimo vital de la accionante, con el no pago de la licencia de maternidad.”. La sentencia de primera instancia fue impugnada por la tutelante que señaló: “Con respecto al tiempo para presentar la acción de tutela, para buscar el reconocimiento de la Licencia de Maternidad la honorable Corte Constitucional ha ampliado el término en un (1) año, situación que desconoce el juez de primera instancia, (...)”.

El 1 de febrero de 2008 el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia de segunda confirmando la decisión del juez de primera instancia y denegando el amparo, argumentando que: “(...) en el presente asunto, habida cuenta de que el hecho del que se duele la tutelista acaeció en septiembre 13 de 2007, y no hallándose circunstancia alguna que denote la existencia de justificación de tal tenor que imponga que la promoción de ésta se hizo dentro de un plazo razonable, es que ha de llegar a la conclusión de que la presente acción se torna improcedente a fin de lograr el propósito mediante ella perseguido”.

El menor nació el 12 de julio de 2007, según en Registro Civil del Menor y la tutela fue

interpuesta el 11 de diciembre de 2007.

1.14 Expediente T-1849042

María Estella Salazar Quintero presentó acción de tutela a través de apoderado en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y el derecho de petición. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 20 de septiembre de 2006 en calidad de independiente. El 20 de marzo de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Someda, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días³⁶. La accionante solicitó a Coomeva EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, el 16 de mayo de 2007 la entidad dio respuesta negativa a la solicitud por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Según declaraciones de dos testigos que conocen a la accionante, ésta es ama de casa y depende económicamente de su esposo quien no cuenta con un trabajo estable.³⁷

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca. La EPS Coomeva intervino ante el juez y señaló que: “La señora MARÍA ESTELLA SALAZAR, se afilia como trabajadora independiente el 20 de septiembre de 2006 y el parto tiene lugar el 20 de marzo de 2007, de esa manera se muestra que la accionante se afilia en estado de embarazo.”, por lo que concluye que la tutelante no cumplió “(...) con uno de los requisitos que regulan el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y es el de cotizar ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”. Por último, explica que “NO EXISTIÓ OPORTUNIDAD EN LOS PAGOS HECHOS al Sistema General de Seguridad Social en SU CALIDAD DE TRABAJADORA INDEPENDIENTE.”

El 28 de agosto de 2007 el Juzgado Promiscuo Municipal de Fonseca profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) la accionante solo cotizó seis meses de los nueve meses del período de gestación, toda vez que la accionante se afilió a la empresa accionada desde el mes de septiembre de 2006 y dio a luz el 20 de marzo lo que quiere decir que la señora MARIA ESTELLA SALAZAR QUINTERO no cumplió con uno de los requisitos que establece la ley (Art. 3 num. 2 decreto 047 de 2000) para tener derecho a que se le cancele la licencia de maternidad de 84 días que reclama a través de esta vía judicial”. Esta decisión fue objeto de impugnación por parte de la accionante bajo argumentos similares a los

expuestos en el escrito de tutela.

El 19 de octubre de 2007 el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, Guajira, profirió sentencia confirmando la decisión de primera instancia y denegando el amparo por considerar que la acción de tutela no es procedente para dirimir las controversias planteadas en el caso de estudio. La decisión se fundó en dos razones: en primer lugar el juez concluyó que “(...) la situación presentada constituye un caso más de aquellos en que a través de la acción de tutela se pretende solucionar problemas de índole laboral, a lo cual debe reiterar el despacho que la acción de tutela no se erige como mecanismo alternativo para hacer valer los derechos que se estiman amenazados o vulnerados por los accionantes.”, y en segundo lugar, estimó el despacho que “(...) no existe ya inminencia o urgencia como para pensar en conceder la acción como mecanismo transitorio (...)”.

El menor nació el 20 de marzo de 2007, según el Registro Civil de Nacimiento y la tutela fue interpuesta el 13 de agosto de 2007.

1.15 Expediente T-1848324

Claudia Patricia Domínguez Hernández presentó acción de tutela en contra de Susalud EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la integridad física, a la protección especial a la maternidad, a la vida digna y al mínimo vital. La accionante se encuentra vinculada a Susalud EPS desde el 1 de noviembre de 2006 en calidad de trabajadora dependiente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Alianza para el Desarrollo Social “ADES CTA”. El 13 de junio de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Sebastián de Belalcázar, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días³⁸. La accionante solicitó a Susalud EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Su Ingreso Base de Cotización era de un salario mínimo.³⁹

El 1 de noviembre de 2007 el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Santiago de Cali profirió sentencia en la que denegó el amparo argumentando que: “(...) la prueba arrimada es indicativa de que el 01 de noviembre de 2006, cuando ésta [la accionante] se afilió a SUSALUD EPS, se encontraba con varias semanas de embarazo, lo cual se colige de la fecha del parto, 13 de junio de 2007, o sea que la querellante sólo cotizó 8 de los 9 meses

necesarios, sin que exista prueba en el expediente que la actora hubiese estado afiliada a otra EPS con anterioridad al 01 de noviembre de 2006 o que su parto hubiese sido prematuro.”, por lo que concluye que “la accionante DOMINGUEZ HERNÁNDEZ no cumplió con uno de los requisitos legales y jurisprudenciales, por tanto, no le asiste derecho de reclamar a SUSALUD EPS la licencia de maternidad”. Esta decisión no fue impugnada.

El 3 de octubre de 2008 Susalud EPS allegó un escrito al despacho en el que reitera que la accionante no cumple con los requisitos legales para acceder al pago de la licencia de maternidad, por lo que no resulta procedente afirmar la vulneración de sus derechos fundamentales. A lo anterior agrega: “El no reconocimiento de la licencia de maternidad, no vulnera derecho fundamental alguno, ya que el reconocimiento del pago de la licencia tiene que ver con un derecho legal y no un derecho de carácter constitucional, por lo cual el disenso sobre el reconocimiento o pago de la licencia de maternidad debe debatirse en la justicia ordinaria y no en la justicia constitucional (...)”

El menor nació el 13 de junio de 2007, según informa la EPS en su intervención y la tutela fue interpuesta el 24 de octubre de 2007.

1.16 Expediente T-1836726

Ingrid Patricia Charris García presentó acción de tutela través de apoderado en contra de Saludtotal EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social. La accionante se encuentra vinculada a Saludtotal EPS desde el 14 de febrero de 2007, en calidad de cotizante independiente. El 11 de septiembre de 2007 dio a luz a su hijo en la IPS Clínica Reina Catalina, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días⁴⁰, cuyo pago solicitó a la entidad accionada. El 2 de octubre de 2007⁴¹ la EPS negó la licencia de maternidad por considerar que no se cumplía el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. La accionante afirma que en la actualidad no cuenta con recursos económicos para el sostenimiento de su hijo y su Ingreso Base de Cotización un salario mínimo.⁴²

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla. La EPS Saludtotal intervino ante el Juez para indicar, sobre la situación de la accionante, que “(...) si tomamos en consideración que la fecha de su afiliación fue el 14 de febrero de 2007, tenemos que el número de semanas cotizadas ininterrumpidamente hasta

la fecha del parto (12 de septiembre de 2007) de la actora fue de VEINTINUEVE SEMANAS Y CINCO DÍAS (29.5) COTIZADAS APROXIMADAMENTE, confrontado por el número de semanas de gestación que fue de TREINTA Y NUEVE (39) SEMANAS tenemos que de acuerdo a lo establecido por la Ley, no resulta posible para la EPS SALUD TOTAL acceder al reconocimiento de la prestación económica solicitada por la actora en este caso”.

El 21 de noviembre de 2007 el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla profirió sentencia denegando el amparo para lo cual señaló: “La Corte Constitucional ha reconocido que la afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en caso de que sus cotizaciones sean inferiores al lapso de gestación tiene derecho al reconocimiento económico de la licencia de maternidad en una proporción igual al número de semanas cotizadas, siempre que el lapso durante el NO cotizó es (sic) inferior a treinta (30) días o un mes (4 semanas), (...), supuesto que no se verifica en la actuación cuando se observa que la actora se abstuvo de cotizar 9 semanas durante el periodo de gestación, (...)”. La decisión no fue impugnada.

El 22 de abril de 2008 Salud Total EPS intervino ante la Corte Constitucional transcribiendo el escrito que ya se había presentado ante el juez de instancia: “(...) si tomamos en consideración que la fecha de su afiliación fue el 14 de febrero de 2007, tenemos que el número de semanas cotizadas ininterrumpidamente hasta la fecha del parto (12 de septiembre de 2007) de la actora fue de VEINTINUEVE SEMANAS Y CINCO DÍAS (29.5) COTIZADAS APROXIMADAMENTE, confrontado por el número de semanas de gestación que fue de TREINTA Y NUEVE (39) SEMANAS tenemos que de acuerdo a lo establecido por la Ley, no resulta posible para la EPS SALUD TOTAL acceder al reconocimiento de la prestación económica solicitada por la actora en este caso”. En su intervención solicita confirmar la decisión de instancia en la que se denegó el amparo, o en su lugar: “(...) se ordene el eventual pago de dicha licencia de maternidad proporcionalmente a las semanas cotizadas ininterrumpidamente esto es, VEINTINUEVE SEMANAS Y CINCO DÍAS (29.5) COTIZADAS APROXIMADAMENTE”.

El menor nació el 12 de septiembre de 2007, según informa la EPS en su intervención y la tutela fue interpuesta el 30 de octubre de 2007.

1.17 Expediente T-1850379

Doris Gualdrón Jiménez presentó acción de tutela en contra de SaludTotal EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana. Afirma la accionante que se encuentra vinculada a SaludTotal EPS desde el 23 de mayo de 2005. El 14 de febrero de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica El Prado de Santa Marta⁴³, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días⁴⁴. La accionante solicitó a SaludTotal EPS el reconocimiento y pago de la prestación económica en cuestión, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación⁴⁵. La actora señala que se encuentra desempleada por lo que el no recibir la licencia de maternidad compromete su sustento y el de su hijo. Su Ingreso Base de Cotización fue de 1 salario mínimo⁴⁶ y el período de gestación duró 35 semanas.

El 4 de julio de 2007 el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta profirió sentencia en la que denegó el amparo señalando que: “(...) desde la fecha de afiliación como cotizante independiente de la señora DORIS GUALDRON JIMENEZ, (1 de septiembre del año 2006), hasta la fecha del parto febrero 14 del presente año, solo se han cotizado 20 semanas, (...), lo que lleva a este despacho a considerar que a la accionante no le asiste el derecho a obtener el reconocimiento económico del pago de la licencia de maternidad, (...)”. La providencia fue impugnada por la tutelante bajo el argumento de haberse valorado erróneamente las pruebas por parte del juez de primera instancia y reitera estar vinculada al Sistema y al día con los pagos desde mayo de 2005; adicionalmente alude a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los eventos en que se ha optado por proteger a la madre y al bebé a pesar de no cumplirse con el requisito de cotización ininterrumpida durante el periodo de gestación.

El 27 de agosto de 2007 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta profirió sentencia de segunda instancia confirmando la decisión del A quo por considerar “(...) que la solicitante no cumplió con el requisito del periodo mínimo de cotización establecido en las normas pertinentes para tener derecho al pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, (...)”.

El 22 de abril de 2008 la entidad accionada, Salud Total EPS, allegó un escrito a la Secretaría General de esta Corporación en el que solicita que se confirme la decisión del juez de segunda instancia en el que se denegó el amparo por considerar que “(...) el derecho al

reconocimiento de la licencia de maternidad a favor de la señora DORIS GUALDRÓN JIMENEZ, no puede hacerse efectivo por parte de SALUD TOTAL EPS toda vez que la misma no reúne cabalmente los requisitos establecidos en la ley y en la jurisprudencia”.

El menor nació el 15 de febrero de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 15 de junio de 2007.

1.18 Expediente T-1838874

Elena María Vega Domínguez presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la maternidad, al mínimo vital, a la igualdad, a la protección de la mujer, a la seguridad social y los derechos de los niños. Afirma la accionante que se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 1 de agosto de 2004⁴⁷ en calidad de cotizante. El 10 de octubre de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica Maternidad Bocagrande⁴⁸, por lo que le fue otorgada la licencia de maternidad por 84 días⁴⁹, sin embargo, la EPS accionada le negó el pago de dicha prestación económica por no cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. Sobre su situación económica la accionante afirma: “No cuento con otras entradas económicas que me suplan las necesidades que tengo actualmente, ya que soy madre cabeza de familia, (...)”. Su Ingreso Base de Cotización era de un salario mínimo⁵⁰.

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena. La EPS Coomeva intervino ante el juez para señalar que: “La señora ELENA MARIA VEGA DOMÍNGUEZ, se afilia en calidad de COTIZANTE INDEPENDIENTE el día 02 de mayo de 2007 (...). El parto tuvo lugar el día 10 de octubre de 2007, en este orden de ideas, la trabajadora se afilia con aproximadamente tres meses de embarazo, no cumpliendo con uno de los requisitos que regulan el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y es el de cotizar ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

El 21 de diciembre de 2007 el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena profirió sentencia en la que denegó el amparo aduciendo que: “(...) del acervo probatorio se desprende que la accionante se afilió a la EPS demandada a partir de mayo de 2007 y, para el momento del parto (10 de octubre de 2007) no contaba con las semanas mínimas exigidas por la ley, esto es el mismo periodo de gestación, es evidente que la accionante no cumplió con uno de los requisitos indispensables para el acceso a la licencia de maternidad, cual es la

cotización ininterrumpida al sistema durante el periodo de gestación”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 10 de septiembre de 2007, según el Certificado de Nacido Vivo y la tutela fue interpuesta el 4 de diciembre de 2007.

1.19 Expediente T-1835277

Celmira Mejía Hernández presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 1 de agosto de 2005 en calidad de cotizante independiente. El 8 de enero de 2007 la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Santa Isabel, por lo que le fue concedida la licencia de maternidad por 84 días⁵¹. La accionante solicitó a Coomeva EPS el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, sin embargo, obtuvo una respuesta negativa por no cumplir el requisito de efectuar los pagos oportunamente por lo menos cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la causación del derecho⁵². Su Ingreso Base de cotización fue un salario mínimo legal mensual vigente⁵³

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Penal Municipal de Valledupar. La EPS Coomeva intervino ante el juez y señaló que: “En el caso particular la accionante solicita el reconocimiento económico de la licencia de maternidad y NO existió OPORTUNIDAD EN LOS PAGOS HECHOS AL Sistema General de Seguridad Social en SU CALIDAD DE TRABAJADORA INDEPENDIENTE.(...)”. Agregó también que “(...) la accionante no realizó SEIS de los aportes dentro de las fechas señaladas en la Ley como límite de pago al SGSSS(...)”.

El 30 de agosto de 2007 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Valledupar profirió sentencia denegando el amparo solicitado por considerar que no existía legitimación por activa para interponer la tutela: “(...) fue interpuesta por CELMIRA MEJÍA HERNANDEZ, identificada con la cédula No. 63.465.104, quien actúa supuestamente en su propio nombre y no obstante quien hace la presentación personal ante la oficina judicial de la dirección seccional de administración seccional de Valledupar no lo es ésta, sino un señor cuyo nombre es ilegible, pero está identificado con cédula No. 85.200.105 que es totalmente diferente a la accionante no obstante haber manifestado ésta, estar actuando en su propio nombre sin que quien la

presentó haya demostrado poder que le da la representación de aquella, incapacidad física que le permita actuar como agente oficioso o en función del acto de delegación que legitima a la defensoría del pueblo o al ministerio público, evidenciándose carencia de legitimidad por Activa”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 8 de enero de 2007, según afirma la accionante en el escrito de tutela y la tutela fue interpuesta el 21 de agosto de 2007.

1.20 Expediente T-1834571

Kenia Liceth Romero Muñiz presentó acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que dicha entidad ha vulnerado sus derechos al mínimo vital y a la protección especial de la mujer durante el embarazo y la lactancia. La accionante se encuentra vinculada a Coomeva EPS desde el 5 de enero de 2007, en calidad de cotizante independiente. El 5 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica Cedes. A causa de dicho evento, el 17 de septiembre de 2007 la accionante dirigió una petición a la EPS solicitando el pago de la licencia de maternidad⁵⁴, el 21 de septiembre de 2007⁵⁵ la entidad accionada negó la licencia de maternidad por considerar que no se cumplía el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. La accionante aduce que es madre cabeza de familia y que actualmente no cuenta con recursos económicos suficientes para el sostenimiento propio y de su hijo. Su Ingreso base de cotización era de un salario mínimo.⁵⁶

El proceso correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Civil Municipal de Riohacha. La EPS Coomeva intervino ante el Juez para indicar que: “La señora KENIA ROMERO MUÑIZ, se afilia como trabajadora independiente en el mes de ENERO de 2007 y el parto tiene lugar el 06 de agosto de 2007, su periodo de gestación fue de 39 semanas⁵⁷, y solo cotiza al sistema 29 semanas, de esta manera se muestra que la accionante se afilia en estado de embarazo a Coomeva EPS (...) no cumpliendo con uno de los requisitos que regulan el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, y es el de cotizar ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

El 7 de diciembre de 2007 el Juzgado Primero Civil Municipal de Riohacha profirió sentencia denegando el amparo, frente a lo cual argumentó que de las pruebas aportadas al proceso se podía afirmar que la accionante: “(...) comenzó a cancelar sus aportes cuando habían

transcurrido aproximadamente dos (2) meses de embarazo (...). Concluyendo que “(...) le asiste razón a COOMEVA EPS RIOHACHA, al negarle a KENIA LICETH ROMERO MUÑIZ el pago de la prestación económica derivada de su licencia de maternidad por no cumplir con los requisitos establecidos en la ley, pues el pago de la cotización es indispensable para adquirir el derecho (...)”. Esta decisión no fue impugnada.

El menor nació el 6 de agosto de 2007, según informa el escrito de la EPS y la tutela fue interpuesta el 27 de noviembre de 2007.

II. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA SALA

Mediante Auto del cuatro (04) de febrero de 2008 esta Corporación vinculó al Consejo de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y solicitó a dichas entidades información acerca de los siguientes puntos:

1. Qué regulación ha expedido relacionada con el reconocimiento de licencias de maternidad?
2. Qué mecanismos prevé la regulación para resolver el conflicto que se suscita cuando una mujer acude a la EPS para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y esta es negada por la entidad?
3. Puede una EPS autorizar de manera directa el reconocimiento de una licencia de maternidad de una mujer que no cotizó todo el período de gestación o lo hizo de manera extemporánea?
4. Requiere una EPS una orden de un juez de tutela para obtener el recobro de una licencia de maternidad de una mujer que cotizó un tiempo inferior al del embarazo o que realizó sus pagos de manera extemporánea o, por el contrario, si una EPS considera que en un caso concreto resulta desproporcionado negar la licencia de maternidad a una mujer, aún cuando ésta no cotizó durante todo el período de gestación o realizó los pagos de manera extemporánea, puede obtener el recobro de esa licencia sin que medie orden del juez de tutela?

El 13 de febrero de 2008 la Viceministro de Salud y Bienestar del Ministerio de Protección Social allegó un escrito indicando que “(...) con el fin de atender el requerimiento judicial para el asunto citado en la referencia, en calidad de Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, conforme a la Resolución 088 de 2003, expedida por este Ministerio, en especial a lo dispuesto en el artículo 7°, estamos convocando a una sesión extraordinaria en la próxima semana. || Una vez se obtenga el pronunciamiento de este máximo organismo lo estaremos enviando con destino a esa Secretaria.”

El 29 de febrero de 2008 el Ministerio de Protección Social, Viceministerio de salud y bienestar, presentó un escrito absolviendo las preguntas formuladas a dichas entidades que será transcrito en los apartes pertinentes de esta providencia.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Problemas jurídicos a resolver en la presente sentencia.

En la mayoría de los casos las mujeres presentaron acciones de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales ya que el pago de su licencia de maternidad les fue negado por sus respectivas Entidades Promotoras de Salud por haber cotizado un período inferior al tiempo que duró la gestación. (T-1729640; T-1730583; T-1836726; T-1850379; T-1838874; T-1848324; T-1849042; T-1834939; T-1845091; T-1845471; T-1845610; T-1833898; T-1833185; T-1833074; T-1831304; T-1830334; T-1827966; T-1834571). Entre estos hay algunos en los que faltaron pocos días para completar su período de gestación (nueve días) y otros en los que prácticamente no se cotizó sino hasta momentos antes del parto (cuatro semanas de cotización). En un caso el pago de la licencia fue negada por haber efectuado los pagos de manera extemporánea (T-1835277).

Para abordar este conjunto de casos, se revisarán, en primer lugar, los requisitos legales para el pago de la licencia de maternidad y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Posteriormente se estudiarán los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que proceda el pago de la licencia de maternidad mediante acción de tutela y la dimensión que la interposición de acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad ha venido adquiriendo, estudiando

en detalle las características de estos casos en el año 2007. Finalmente, con base en lo anterior se decidirán los casos concretos y se adoptaran otras decisiones con miras a reducir en el futuro el número de acciones de tutela interpuestas por esta causa, evitando que las mujeres tengan que acudir a los jueces para obtener el pago de la licencia a la que tienen derecho.

1. Requisitos establecidos en la regulación para el pago de la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad se encuentra prevista en los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo reformados por la Ley 755 de 2002 mediante la cual se creó la licencia remunerada de paternidad. Señala el Código Sustantivo del Trabajo: “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 momento de entrar a disfrutar del descanso. || 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor. || 3. Para efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto; c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. || 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente artículo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismo términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante de un menor de siete años de edad, asimilando la fecha del parto a la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. || Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público. || PARÁGRAFO. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las doce (12) semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo con la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederá al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. (...)”

La Ley 100 de 1993 no reformó la licencia de maternidad en ningún aspecto sustantivo de la prestación económica pero transformó su sistema de financiación al indicar que la misma estaba a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, financiada en todos los casos por el Fosyga como una transferencia diferente a la UPC pero también compensada: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.”

Mediante el artículo 172 de la misma Ley se atribuyó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la competencia para regular el régimen para reconocimiento y pago de las licencia de maternidad: “El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones: (...)8. Definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.”. Recientemente la misma competencia fue atribuida por la Ley 1122 de 2007 a la Comisión de Regulación en Salud para ser ejercida a partir del momento en el que dicho órgano entre en funcionamiento.⁵⁸

En ejercicio de dicha competencia el CNSSS no definió propiamente los requisitos para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, los cuales, como se verán más adelante, han sido establecidos mediante diversos decretos, sin embargo ha proferido Acuerdos que regulan algunos aspectos de las licencias de maternidad: el Acuerdo 8 de 1994 mediante el cual se fijaron 12 semanas de cotización como el tiempo mínimo requerido de cotización al sistema para acceder al pago de la licencia de maternidad⁵⁹; el Acuerdo 31 de 1996 en el que se reiteró la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para regular los requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad⁶⁰; el Acuerdo 38 de 1996 mediante el cual se definió el monto de las cotizaciones destinado a pagar las licencias de maternidad; el Acuerdo 84 de 1997 mediante el cual se reiteró que la financiación de las licencias de maternidad estaba a cargo del Fosyga, específicamente de la subcuenta de compensación⁶¹, reiterado a su vez en los Acuerdos 159 de 1999, 161 de 2000, 186 de 2000 y 218 de 2001.

Varios decretos definieron en detalle los requisitos específicos para acceder al pago de la licencia de maternidad con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, aun cuando estos se encontraban regulados desde antes⁶².

Así, el Decreto 806 de 1998 definió las siguientes reglas: (i) cuando el empleador incurra en mora en el pago de los aportes deberá asumir directamente el pago de la licencia de maternidad (artículo 863 y 8064); (ii) es requisito para acceder a la licencia de maternidad haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación (artículo 6365); (iii) durante la licencia de maternidad el IBC se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica (artículo 7066).

Posteriormente, el Decreto 1406 de 1999 adoptó las siguientes reglas adicionales: (i) para la liquidación de la licencia de maternidad sólo se tiene en cuenta el cuarenta por ciento (40%) de las variaciones al salario que excedan el Ingreso Base de Cotización promedio de los 12 meses anteriores (artículo 2767); (ii) durante la licencia de maternidad son obligatorios los aportes a salud y pensiones (artículo 4068); (iii) las trabajadoras independientes cotizarán, durante la licencia de maternidad, la parte que de ordinario corresponde a las trabajadoras dependientes y el excedente será a cargo de la EPS (artículo 40).

El Decreto 1804 de 1999 a su vez estableció requisitos más estrictos para el pago o reembolso de la licencia de maternidad y de las incapacidades generales a los empleadores y trabajadores independientes: (i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 2169); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 2170); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 2171).

Finalmente, el Decreto 047 de 2000 nuevamente estableció la exigencia para acceder al

reconocimiento y pago de la licencia de maternidad consistente en (i) haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el período de gestación.⁷²

En conclusión, con base en este conjunto de normas, se tiene que para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad una mujer debe cumplir los siguientes requisitos:

Antes del parto debe: (i) haber cotizado durante todo el período de gestación; (ii) haber efectuado de manera oportuna y completa el pago de las cotizaciones de al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho -el empleador, o ella misma en el caso de las trabajadoras independientes-, y haberlo hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho, (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (iv) haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema y (v) haber cumplido con las reglas de períodos mínimos para movilidad.

Con posterioridad al parto debe: (i) permanecer en el sistema durante el período que dure la licencia y (ii) realizar los respectivos aportes teniendo como IBC el valor de la licencia.

1. El incumplimiento de los requisitos previstos en la regulación para el pago de la licencia de maternidad.

Tanto las mujeres que cotizan en calidad de independientes como aquellas que cotizan como trabajadoras dependientes, deben cumplir con los anteriores requisitos legales. La Entidad Promotora de Salud respectiva tiene a su cargo el pago de la licencia de maternidad pero su financiación corresponde al Fosyga, el cual compensa cada una de las licencias con recursos de la subcuenta de compensación, siempre y cuando éstas cumplan con el lleno de los requisitos.

Este proceso de compensación, relacionado específicamente con las licencias de maternidad, es definido en el artículo 2 del Decreto 280 de 2004: “Se entiende por compensación el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades

obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad. || Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del Fosyga y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor.”⁷³

Cuando una mujer no cumple con alguno de los requisitos indicados antes, la Entidad Promotora de Salud niega el pago de la licencia de maternidad ya que el Fosyga, a su vez, no compensa el monto de la licencia si ésta no cumple con todos los requisitos, tal y como lo prescribe el artículo primero de la Resolución 156 de 2004: “PARÁGRAFO: Los pagos de que trata el presente artículo serán efectuados siempre y cuando los trabajadores cumplan con lo establecido en los artículos 1º de la Ley 755 de 2002, 61 del Decreto 806 de 1998 y 3º del Decreto 047 de 2000, en cuanto a requisitos de procedibilidad y períodos mínimos de cotización y en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, en lo relativo al ingreso base de cotización durante las incapacidades o licencias de maternidad, o las demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.”

En las situaciones de incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia, si se trata de una trabajadora dependiente el empleador tiene a su cargo el cubrimiento de la misma, pero en el caso de las trabajadoras independientes estas pierden el derecho. En efecto, así lo indicó el Ministerio de Protección Social en la respuesta a la información solicitada por esta Sala de Revisión:

“2. Qué mecanismos prevé la regulación para resolver el conflicto que se suscita cuando una mujer acude a la EPS para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y esta es negada por la entidad?

RESPUESTA: Establecido que el derecho al reconocimiento y pago de las licencias por maternidad por parte del Fosyga, responde al cumplimiento o acreditación de unos períodos mínimos de cotización en forma ininterrumpida y que la afiliada cotizante no se encuentre en

mora, tratándose de las afiliadas que tienen la condición de trabajadoras dependientes, cuando la licencia les es negada por la EPS, de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 3° del Decreto 47 de 2000, corresponde al empleador cancelar la correspondiente licencia cuando este cotice por un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan 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. (...)

Tratándose de las afiliadas que tienen la condición de trabajadoras independientes, no se encuentra previsto, un mecanismo para resolver el conflicto que se suscita cuando una mujer acude a la EPS para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; (...)

3. Puede una EPS autorizar de manera directa el reconocimiento de una licencia de maternidad de una mujer que no cotizó todo el período de gestación o lo hizo de manera extemporánea?

RESPUESTA: De acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia antes anotadas el no cumplimiento del período mínimo de cotización o el incumplimiento de las normas que regulan el control de la evasión o elusión en el pago de los aportes, impedirían que una EPS se encuentre o entienda autorizada para efectuar esta clase de reconocimientos, en forma directa; no obstante, se tiene que cabe derecho al reconocimiento cuando en aplicación del artículo 8° del Decreto 047 de 2000, la EPS, como política de la entidad, ha adoptado mantener a todos sus afiliados que están en mora, en calidad de afiliados hasta por seis (6) meses, preservando el cotizante los derechos de antigüedad frente al sistema y perciba el pago de las cotizaciones en mora o tenga acuerdos vigentes con lo cotizantes."

Ante la ausencia de mecanismos que permitan conciliar el incumplimiento de los requisitos previstos en la regulación para acceder a la licencia de maternidad con el acceso de las mujeres a esta prestación económica, cuando su negación puede derivar en una vulneración de sus derechos fundamentales, y de los derechos de su hijo recién nacido, la acción de tutela se ha convertido en la única alternativa para obtener el pago de la licencia de maternidad. También se ha convertido en la única alternativa para que las Entidades Promotoras de Salud obtengan el reembolso cuando pagan una licencia que no cumple el lleno de los requisitos establecidos en la regulación. Así también lo reconoció el Ministerio de

la Protección Social:

“4. Requiere una EPS una orden judicial de un juez de tutela para obtener el recobro de una licencia de maternidad de una mujer que cotizó un tiempo inferior al del embarazo o que realizó sus pagos de manera extemporánea o, por el contrario, si una EPS considera que en un caso concreto resulta desproporcionado negar la licencia de maternidad a una mujer aún cuando esta no cotizó durante todo el período de gestación o realizó los pagos de manera extemporánea puede obtener el recobro de esa licencia sin que medie orden del juez de tutela?

RESPUESTA: Concordante con la respuesta al interrogante anterior, no resulta procedente que sea la EPS, salvo la situación excepcional del artículo 8° del Decreto 047 de 2000, la que determine que en las circunstancias descritas en el anterior y en el presente interrogante, le sea dable obtener el recobro de esa licencia sin que medie orden del juez de tutela, pues tal determinación corresponde a una disposición de recursos públicos, con todas las implicaciones y efectos que ello apareja, razón por la cual lo ajustado a las normas legales y precedentes, sería que las autoridades administrativas instituidas para el manejo y administración del Fosyga y de sus recursos de específica destinación, determinaran el procedimiento a seguir en tales eventualidades. (...)”

Lo anterior se traduce en la práctica en la negativa de las EPS a efectuar el pago de las licencias de maternidad a las mujeres que no cumplen completamente con los requisitos establecidos en la regulación, inclusive cuando el no pago pueda derivar en una vulneración del mínimo vital de las mujeres y sus hijos recién nacidos; y en la interposición de tutelas por parte de esas mujeres como única alternativa para alcanzar el pago. Esto muestra que la principal razón para el alto número de tutelas que se interponen actualmente para obtener el pago de la licencia de maternidad se explica en la existencia de una falla en la regulación de las licencias de maternidad consistente en la ausencia de mecanismos para resolver el conflicto que se presenta cuando una mujer no cumple los requisitos previstos en la regulación para obtener el reconocimiento y pago de la licencia, pero el no pago, dadas sus condiciones socioeconómicas, resulta en una vulneración de sus derechos fundamentales y de los de su hijo recién nacido.

Esta falla en la regulación también se manifiesta en la imposibilidad de las EPS de proceder a

autorizar directamente las licencias en los casos indicados por la jurisprudencia, ya que existen disposiciones establecidas en la regulación que impiden que las entidades promotoras de salud puedan reconocer directamente estas licencias y proceder posteriormente a solicitar su reembolso, en aquellos casos en los que resulta desproporcionado negar el pago de la prestación a pesar de que no se cumplan todos los requisitos legales. Para el Ministerio de Protección Social, según lo indicado en las pruebas, esta situación se encuentra justificada: “(...) debe recordarse que la razonabilidad de la exigencia de un período mínimo de cotización y la oportunidad del pago de los aportes, sin perjuicio de los allanamientos a la mora por parte de las EPS, se encuentra en la necesidad de que el Sistema pueda responder con el cubrimiento de las prestaciones económicas y que sólo radican en la fidelidad en la afiliación; se afectaría la sostenibilidad del Sistema, en la medida en que habiéndosele diagnosticado a la mujer el estado de embarazo, acudiría muy seguramente a afiliarse al Régimen Contributivo.”

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido, reiteradamente, que las mujeres tienen derecho al pago de la licencia de maternidad aun cuando no cumplan todos los requisitos establecidos en la regulación, siempre que estén demostradas ciertas condiciones específicas.

4. Requisitos jurisprudenciales para reclamar la licencia de maternidad mediante acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Reglas sobre procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas.

La Corte Constitucional ha reconocido que la consagración de la licencia de maternidad en la legislación laboral es desarrollo de la obligación del Estado de asistir y proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto (artículo 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (artículos 44 y 50 de la Constitución).⁷⁴ Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha establecido adicionalmente que el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se

esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.⁷⁵

Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad fueron descritos antes y pueden resumirse en los siguientes⁷⁶: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación⁷⁷ y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho⁷⁸.

En cuanto (i) al primer requisito, ha sido uniforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no puede realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (artículos 43 y 53 de la Constitución)⁷⁹ y para los niños (artículos 44 y 50 de la Constitución)⁸⁰. Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.⁸¹

Frente (ii) al segundo requisito mencionado la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia,⁸² que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS demandada no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer.⁸³

Finalmente, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que, aun cuando se verifique

que la accionante cumple con los requisitos legales para que la Entidad Promotora de Salud le pague la licencia de maternidad, para que sea procedente su reclamación a través de la acción de tutela, es necesario comprobar que en el caso concreto se presenta una vulneración de su mínimo vital y el de su hijo recién nacido, debido al no pago de la licencia.

Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo⁸⁴, o cuando el salario es su única fuente de ingreso⁸⁵ y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor⁸⁶. Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

En todos los casos el período de gestación, para efectos de verificar la cotización durante las semanas, depende del caso concreto. Es decir, la obligación de cotizar durante todo el período de gestación depende de la duración del mismo en cada caso concreto, sin que puedan aplicarse presunciones acerca de la gestación para efectos de exigir un mayor número de semanas de lo que efectivamente dure dicho período. Por ejemplo, en la sentencia T-971 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), se estudiaron diversos casos en los que las mujeres habían tenido períodos de gestación conformados por números de semanas distintos. En dicha oportunidad afirmó la Corte, reiterando su jurisprudencia: “(...) a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros. De tal manera, que las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el período de gestación; y la indicación de que el periodo de gestación corresponde a 36 semanas, no puede aplicarse, para efectos del cálculo de las semanas cotizadas, como regla general a todos los casos.”

4.2. Reglas jurisprudenciales de pago de licencia de maternidad cuando la mora o el no pago es imputable al empleador.

En la jurisprudencia constitucional relativa a la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para el pago de la licencia de maternidad, es posible identificar dos etapas. Ambas se desarrollaron a partir de casos en los que las EPS se negaron a efectuar el pago de una licencia de maternidad cuando la trabajadora dependiente no cumplía con los requisitos legales para acceder a dicha prestación económica. En estas

decisiones ha sido aplicada la misma subregla en cuanto a la determinación de la responsabilidad del empleador. La divergencia entre estos casos radica (i) en la decisión que en cada uno de ellos se adoptó de vincular o no al empleador a los respectivos procesos y (ii) en los requisitos exigidos para la procedibilidad de la tutela.

Estas dos etapas sin embargo, no corresponden propiamente a dos líneas jurisprudenciales reiteradas ya que las decisiones en las que la Corte ha abordado de manera directa el tema de la responsabilidad de los empleadores por incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad han sido pocas. El debate sobre la responsabilidad de los empleadores ha sido eclipsado por la tesis del allanamiento a la mora, según la cual, en caso de que la entidad promotora de salud reciba los pagos extemporáneos, se allana a la mora y no puede oponer la misma para negarse a pagar la licencia de maternidad⁸⁷.

Ahora bien, en la primera etapa, la Corte se abstuvo de ordenar a la EPS el pago de la licencia por considerar que la obligación recaía en cabeza del empleador. Con todo, omitió vincular a los procesos a los empleadores por lo que, a pesar de reconocer que correspondía a estos últimos el pago de la licencia, se limitó a confirmar las sentencias de instancia que negaban el amparo a la madre accionante.

Por ejemplo, en la sentencia T-258 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) la Corte confirmó el fallo de primera instancia que denegaba la acción de tutela interpuesta por Liliana Margarita Sanín contra del Seguro Social, por haber negado el reconocimiento de la licencia de maternidad. La decisión se fundó en que, según esta Corporación, la obligación de pagar dicha prestación económica recaía en el empleador –el ICBF– y no en la EPS, debido a que éste se encontraba en mora al momento de causación del derecho de la trabajadora. Con todo, el ICBF, en calidad de empleador, no fue vinculado al proceso.

En esa oportunidad la Corte señaló como condición indispensable de la procedencia de la acción de tutela: “(...) que el patrono se encuentre al día en el pago de las cotizaciones a la respectiva EPS pues, de lo contrario, a él correspondería asumir tanto las prestaciones asistenciales como económicas que fueren necesarias, como sanción por su incumplimiento.”⁸⁸

En el mismo sentido decidió la Corte en sentencia T-390 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño) al revisar la acción de tutela interpuesta por Mónica Liliana Alfonso Soto contra Saludcoop

EPS. Para la Corte, al haber el empleador incurrido en mora en el pago de las cotizaciones, se había hecho responsable del pago de la licencia de maternidad. En consecuencia dicha prestación económica no era exigible a la EPS, lo que hacía improcedente la acción de tutela: “(...) si bien la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, tal prestación, por mora en el pago de las cotizaciones, no le resulta exigible a SaludCoop sino al empleador y ante ello es claro que no procede la tutela instaurada.” En este caso tampoco había sido vinculado el empleador en las instancias del trámite de la tutela.

En esa etapa entonces la Corte aplicaba dos subreglas en el tema de la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad: (i) el empleador se hace responsable por el pago de la licencia de maternidad si no efectuó los aportes al sistema de seguridad social o si estos fueron rechazados por extemporáneos, y (ii) cuando el empleador es el responsable de asumir el pago de la licencia de maternidad no procede la acción de tutela si este no ha sido vinculado al proceso.

En la sentencia T-1014 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) -en la cual se ordenó a la EPS accionada asumir el pago de la licencia de maternidad de la tutelante por encontrar que en el caso concreto se configuraba el allanamiento a la mora del empleador- fueron resumidas las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en materia de licencia de maternidad. En cuanto a la responsabilidad del empleador por el pago de la licencia de maternidad se dijo: “(...) c) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01). ” 89

En la segunda etapa, la Corte consideró que sí procedía la tutela en aquellos casos en los que el empleador era el responsable por el pago de la licencia de maternidad y vinculó al empleador al proceso para ordenarle el pago de la licencia en aquellos eventos en que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la obligación recaía en él y no en el EPS.

Por ejemplo en la sentencia T-387 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández.), al decidir sobre la acción de tutela instaurada por una trabajadora dependiente contra la EPS, la Corte vinculó a la empleadora al proceso y le ordenó el reconocimiento y la cancelación de la

licencia de maternidad por encontrar que ésta incumplió la obligación legal de afiliar a la trabajadora al sistema de seguridad social en salud desde el inicio de la relación laboral –la cual tuvo su origen en el momento en que se empezó a prestar el servicio y no una vez terminado el período de prueba como lo afirmaba la empleadora.

En la misma línea, en la sentencia T-843 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) se protegieron los derechos de una mujer a quien su empleador terminaba todos los años el contrato de trabajo y la desafiliaba al sistema de salud para proceder posteriormente a hacer un nuevo contrato y efectuar una nueva afiliación, razón por la que no había cotizado todo el período de gestación. En esa oportunidad la Corte indicó:

“(…) cuando el empleador se ha abstenido de realizar los pagos a la seguridad social de sus trabajadores, es a él a quien le corresponde el pago de las prestaciones que de este derecho se derivan, tal y como quedó dicho en la parte general de estas consideraciones. Por tanto, en vista de que la actora no cumplió con los requisitos legales para que su EPS pague la licencia de maternidad, por las constantes afiliaciones y desafiliaciones a que fue sometida por parte de su empleador cada año, lo procedente es ordenar a éste y no a la EPS, que pague lo correspondiente a la licencia de maternidad de la señora Muñoz, por cuanto por su conducta no fue posible que ella cumpliera los requisitos necesarios para acceder al derecho reclamado. En este caso, el empleador de la demandante fue formalmente vinculado al proceso de tutela y, por tanto se le ordenará que le pague la licencia de maternidad en su integridad”.

En conclusión, de acuerdo con las hipótesis estudiadas⁹⁰, se puede afirmar que la jurisprudencia constitucional ha aplicado las siguientes subreglas para determinar la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad y la definición del obligado a efectuar el pago:

* Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos de las cotizaciones pero la EPS los recibe, se allana a la mora y debe pagar la licencia de maternidad a la mujer cuando se causa el derecho.

* Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos que son rechazados por la EPS, deja de

pagar las cotizaciones, o incumple cualquiera de los requisitos legales para que la mujer pueda acceder al pago de la licencia de maternidad, se hace responsable por el pago de la misma:

* Si el empleador se encuentra vinculado al proceso de tutela la orden debe ser proferida en contra de él.

* Si el empleador no se encuentra vinculado al proceso de tutela, la orden no puede ser proferida contra la EPS y el empleador en todo caso se encuentra obligado a pagar la licencia.

Para comprender mejor las anteriores reglas se debe distinguir entre la obligación de pagar la licencia de maternidad y la obligación de financiar la misma. Según las normas legales estudiadas antes, como regla general, en el caso de las trabajadoras dependientes, corresponde a la EPS pagar la licencia de maternidad a las mujeres cuando el derecho se causa, pero su financiación se hace con recursos del Fosyga, ya que se compensa a las EPS de manera independiente de la UPC. Las reglas previstas en las normas legales relativas a la responsabilidad del empleador por incumplimiento de los requisitos exigidos en la ley tienen por objeto cambiar las reglas en cuanto a la financiación de la licencia de maternidad ya que, cuando el empleador incurre en mora (dejando de pagar cotizaciones o pagándolas extemporáneamente) la licencia de maternidad, se afirma en la norma, será a su cargo⁹¹.

Ahora bien, las reglas de la jurisprudencia se refieren al pago de la licencia en tres hipótesis:

1. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS no rechaza el pago, se allana a la mora y el pago corresponde a la EPS.

2. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador fue vinculado al proceso de tutela, a él se le debe ordenar el pago.

3. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador no fue vinculado al proceso de tutela no se puede ordenar a la EPS el pago.

Respecto a estas reglas es importante resaltar que en todos los casos en lo que el empleador es el obligado a financiar la licencia por incumplir con sus obligaciones frente a la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que incluso si la EPS no se allanó oportunamente a la mora y se obliga a pagar la licencia, puede repetir contra el empleador por su costo, de acuerdo con las normas legales que definen la responsabilidad en la financiación de la licencia sin necesidad de que medie una decisión de tutela en ese sentido.

En la presente sentencia se reiterará la jurisprudencia descrita antes, en el proceso T-1827966, en el cual la EPS negó a la accionante el pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado completo el período de gestación. Sin embargo, la cotización incompleta se debió a que su empleador empezó a pagar los aportes al sistema de salud más de un mes después de haber empezado la accionante a trabajar en la empresa. Con todo, en éste caso concreto ha sido demostrado que el mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido han sido vulnerados, lo cual se agravaría con un retraso mayor en el pago de la licencia, ya que (i) devenga un salario mínimo y (ii) su única fuente de ingresos es su salario. Ante esta situación, si bien se reiterará la obligación del empleador de financiar la licencia de maternidad, se ordenará a la EPS pagar la misma, aún cuando el empleador no haya sido vinculado al proceso, y repetir contra éste ya que, habiendo éste incumplido sus obligaciones le corresponde financiarla.

4.3. Jurisprudencia sobre pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad.

En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar mas de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

Si bien en oportunidades anteriores la Corte había ordenado el pago proporcional de la licencias de maternidad⁹², sólo hasta el año 2007 esta regla empezó a ser aplicada de manera reiterada por las distintas salas⁹³. En las primeras sentencias en las que se ordenó

el pago proporcional de la licencia de maternidad no se aplicó un criterio uniforme en relación con el número de semanas o días dejados de cotizar al sistema que determinaban si procedía el pago proporcional o completo de la licencia de maternidad.

En la sentencia T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se resumieron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(…) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006⁹⁴. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007⁹⁵ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007⁹⁶, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”⁹⁷.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de

manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).”

A partir de estas consideraciones, en la sentencia T-530 de 2007 se ordenó el pago proporcional en los casos en los que las mujeres habían dejado de cotizar más de dos meses y pago completo cuando se había dejado de cotizar menos de dos meses. De allí se formularon dos hipótesis fácticas que definen tratamientos diferentes en cuanto a la orden del pago, dependiendo del tiempo dejado de cotizar:

- i. cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad.
- ii. cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado.

Ahora bien, como se dijo, esta regla ha sido adoptada por las diferentes salas de decisión, sin embargo, se han presentado discrepancias en cuanto a su aplicación, específicamente en el número de semanas que conforman el período de dos meses. En la sentencia T-530 de 2007, citada antes, en la que se recogió la jurisprudencia de la Corte en materia de pago proporcional y se precisó su alcance, el pago proporcional se ordenó a mujeres que habían dejado de cotizar más de ocho semanas, sin que se explicaran las razones por las que se consideraba que los dos meses estaban conformados por 8 semanas⁹⁸. Esto mismo sucedió en la sentencia T-136 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en la que se resolvieron 42 casos. Según esta primera interpretación dos meses equivalen a 8 semanas y el pago completo se ordena en los casos de mujeres que dejaron de cotizar hasta ocho semanas incluida la semana ocho y el pago proporcional se ordena a partir de la semana 9.

En la sentencia T-971 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) se reiteró el precedente fijado en la sentencia T-530 de 2007 en los siguientes términos: “(...) en la sentencia T-530

de 2007 citada, se reconstruyó el conjunto de elementos fácticos de los casos revisados por esta Corte, en relación con la determinación del número de semanas (días o meses) no cotizados, con el fin de establecer a partir de cuántas de semanas no cotizadas procedía el reconocimiento del pago de la licencia. Así, se encontró pues que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido aunando su criterio alrededor de la distinción de dos situaciones, con dos consecuencias jurídicas igualmente diferentes. Una relativa a cuando el periodo no cotizado es mayor a dos meses del periodo total de gestación, caso en cual procede el reconocimiento del pago de la licencia, en un valor proporcional al tiempo cotizado; y otra situación correspondiente a cuando el periodo no cotizado es menor a dos meses del periodo total de gestación, caso en cual procede el reconocimiento del pago de la licencia, en su valor total, como si se hubiese cotizado durante todo el periodo de gestación.”.

Al aplicar esta regla relativa al pago completo y al pago proporcional, en la parte resolutive de la sentencia el pago completo se ordenó en el caso de mujeres que habían cotizado hasta diez semanas y el pago proporcional se ordenó sólo a partir de la semana once. Se consideró entonces que el período de dos meses correspondía a diez semanas; “(...) el hecho de que la demandante haya dejado de cotizar 10 semanas no resulta una razón suficiente para dejar de garantizar su derecho al mínimo vital y el de su hijo. Ahora bien, en atención a lo explicado, procede el reconocimiento por el valor total de la licencia, como si la tutelante hubiese cotizado todo el periodo de gestación, teniendo en cuenta que el periodo no cotizado es inferior a 2 meses.”. Sin embargo, no se explicaron las razones por las que se consideraba que los dos meses estaban conformados por 10 semanas.

La jurisprudencia ha sido entonces uniforme en la aplicación de la regla del pago proporcional cuando una mujer ha dejado de cotizar más de dos meses del período de gestación, pero existen discrepancias en cuanto a la interpretación que se hace del número de semanas que conforman los dos meses, así:

- i. dos meses corresponden a 8 semanas (T-530 de 2007)
- ii. dos meses corresponden a 10 semanas (T-971 de 2007)

Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes.

Resolver esta diferencia y adoptar un sistema que tenga en cuenta el tiempo real que dura la gestación y que defina reglas sobre el pago de la licencia, es competencia del regulador. Por esta razón, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que adopte medidas que tengan en cuenta el tiempo real que dura la gestación, frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud.

En la presente sentencia se aplicara la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine⁹⁹, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.

5. Judicialización del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

La primera sentencia en la que se ordenó el pago de la licencia de maternidad fue la T-270 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero). En esa oportunidad la Corte protegió los derechos de cinco mujeres a las que no se les pagaba su licencia de maternidad bajo el argumento que estaba pendiente el cumplimiento de un convenio interadministrativo y que había otras prestaciones por pagar pendientes, cuya solicitud había sido radicada con anterioridad. Para esta Corporación: “(...) la protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias

donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido.”

Durante los años siguientes la Corte sólo ocasionalmente profirió sentencias en las que revisaba la procedibilidad del pago de licencias de maternidad mediante acción de tutela y ordenaba su pago. A partir del año 2004 el tema comenzó a ocupar una porción significativa de los fallos de revisión de la Corte Constitucional¹⁰⁰.

Durante el año 2007 las diferentes Salas de revisión de la Corte Constitucional profirieron en total 67 sentencias de reiteración de la jurisprudencia sobre procedencia del pago de la licencia de maternidad. En estas sentencias se resolvieron 103 casos. Durante ese mismo período, las diferentes salas de revisión de la Corte Constitucional profirieron aproximadamente 902 tutelas, de las cuales mas del 50% fueron reiteración de jurisprudencia (464)¹⁰¹ y de estas el 14% (67) eran reiteración de pago de licencia de maternidad.

Lo anterior muestra que la revisión de casos en los cuales se solicita el pago de licencias de maternidad ocupa actualmente una porción significativa de la carga de reiteración de la Corte Constitucional.

El estudio detallado de las características de las sentencias proferidas durante el año 2007, muestra que el problema de la solicitud del pago de licencias de maternidad sin el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la regulación afecta principalmente a las mujeres más pobres y vulnerables del país. De los 103 casos resueltos por la Corte Constitucional, en 43 de ellos el IBC de las mujeres solicitantes era de un salario mínimo legal mensual vigente; en otros 50 casos las mujeres afirmaron carecer de recursos económicos para su sostenimiento y el de sus hijos y afirmaron la vulneración de su mínimo vital en razón del no pago de la licencia de maternidad, sin que fueran desvirtuadas durante el proceso; en otros 2 casos si bien el ingreso era superior a un salario mínimo era inferior a dos; en otros 4 casos no se indicó específicamente el nivel de ingresos pero la condena estaba dirigida al empleador porque se trataba de mujeres despedidas durante el embarazo; en otro caso la tutela fue negada porque no se vulneraba el mínimo vital; y finalmente, en otros 3 casos no

hubo pronunciamiento sobre el nivel de ingreso de las mujeres. En la mayoría de los casos estas mujeres cotizaron al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de independientes.

El panorama de tutelas para solicitar el pago de licencias de maternidad se puede caracterizar así:

i. Existe un alto número de mujeres que, ante la ausencia de un mecanismo que les permita solicitar la autorización del pago de la licencia de maternidad en casos concretos, se ven obligadas a interponer acciones de tutela para obtener el pago de su licencia de maternidad.

ii. En esos casos las EPS niegan el pago de la licencia de maternidad bajo el argumento de que no cotizaron todo el período de gestación o lo hicieron de manera extemporánea en algún momento de la gestación.

iv. La mayoría de estas mujeres se encuentran en condiciones de informalidad y su vinculación al sistema es en calidad de independientes.

v. La mayoría de estas mujeres se afilian después de conocer su estado de embarazo, cuando tienen entre cinco y ocho semanas de embarazo, para obtener el pago de la licencia y para que el Sistema de Seguridad Social en Salud asuma el costo del parto y de los cuidados prenatales.

Estas mismas características se presentan en los casos estudiados en la presente sentencia.

Estas tutelas vienen creciendo. Actualmente representan un porcentaje considerable de la carga de reiteración de la Corte Constitucional. El escenario de la regulación descrito antes, genera las condiciones para que estas tutelas sólo sigan aumentando ya que es el único mecanismo mediante el cual una mujer puede solicitar la autorización del pago de la licencia de maternidad y la EPS puede pagarla y obtener la financiación que establece la Ley.

Específicamente la necesidad de interponer acciones de tutela surge de la ausencia de un mecanismo mediante el cual una mujer pueda solicitar el pago de la licencia de maternidad en su caso concreto y resolver los conflictos que suscita la aplicación de los requisitos previstos por la regulación. Según indicó en el Ministerio de Protección Social en una intervención efectuada en el presente proceso, transcrita antes, si una EPS autoriza el pago de una licencia de maternidad bajo las condiciones establecidas en la jurisprudencia el Fosyga no reembolsa la suma pagada.

Los problemas descritos arriba muestran que existe una falla en la regulación. La Corte Constitucional subraya que debe ser el regulador el que establezca los requisitos para acceder al pago de las licencias de maternidad según las competencias fijadas en la ley. Con todo esta regulación debe atender a las necesidades de las mujeres, especialmente las necesidades de las mujeres más pobres y vulnerables del país, frente a las cuales, la Constitución permite que se adopten medidas especiales y diferenciadas que garanticen su protección, a manera incluso de acción afirmativa.

Mas allá de resolver los casos concretos planteados ante la Sala en el presente proceso, esta Corporación ordenará al regulador que, teniendo en cuenta los límites mínimos de protección definidos en la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su competencia y libertad para regular los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad adopte medidas para resolver las fallas en la regulación identificadas por la Sala.

5.1. Ordenes a impartir.

Por las anteriores razones, en la parte resolutive de esta providencia, además de resolver los casos concretos, se ordenará al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, o a la Comisión de Regulación en Salud si asume antes sus funciones, que en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adopte medidas para corregir la falla en la regulación consistente en la ausencia de un mecanismo que permita a las mujeres resolver los conflictos que suscite la solicitud de pago de su licencia de maternidad.

Específicamente, dichas medidas se orientarán a definir un procedimiento que permita solucionar (i) los conflictos provenientes de la solicitud de pago de su licencia de maternidad y (ii) las controversias generadas por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la

regulación. Así mismo las medidas referidas deberán garantizar que los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad protegen los derechos fundamentales de las mujeres.

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado anteriormente en esta sentencia, estas medidas deberán: (a) tener en cuenta especialmente a las mujeres más vulnerables del país, (b) respetar los límites mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia constitucional, (c) tener en cuenta el tiempo real que dura la gestación, frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud, en vista de lo señalado en el apartado 4.3 de la presente providencia y (d) orientarse a reducir efectivamente la interposición de acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad.

Mientras estas medidas son adoptadas, se reiterarán las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional.

Si vencido el término indicado de cuatro meses, el regulador no ha adoptado ninguna medida para impedir que las mujeres sigan viéndose obligadas a interponer acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, el Administrador Fiduciario del Fosyga y el Ministerio de la Protección Social deberán compensar las licencias de maternidad que hayan sido pagadas por las entidades promotoras de salud a las mujeres, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial que lo autorice. Esta compensación opera en las siguientes situaciones:

(1) 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 período 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.

(2) Mujeres pobres que pagaron incompleto: Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera:

- a. si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.
- 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.

En ninguno de estos casos puede haber transcurrido más de un año entre el nacimiento y la solicitud del pago de la licencia.

En aquellas situaciones en las que la mora en el pago, o el no pago, resulte imputable al empleador, la financiación corresponderá a éste.

Para garantizar la efectividad de estas órdenes en la parte resolutive de esta providencia también se ordenará al Ministerio de Protección Social que envíe una comunicación a todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país en la que se incluyan los numerales vigésimo primero y vigésimo segundo de la parte resolutive de esta providencia.

6. Los casos concretos.

Los casos concretos serán resueltos de manera conjunta, cuando sea posible, aplicando las reglas descritas antes.

6.1. Confirmación de medidas cautelares. Cotización incompleta del período de gestación. (T-1729640, T-1730583, T-1732550, T-1827966; T-1830334; T-1831304; T-1833074; T-1833185; T-1833898; T-1834571; T-1835277; T-1836726; T-1838874; T-1845471; T-1845610; T-1848324; T-1849042; T-1850379).

Mediante Auto proferido por la Sala Segunda de Revisión el diecinueve (19) de febrero de dos mil ocho (2008) se ordenó, dentro de los procesos T-1729640, T-1730583 y T-1732550 cancelar las licencias de maternidad como medida cautelar hasta tanto la Corte adoptará una decisión definitiva:

“Primero.- ORDENAR a Saludcoop EPS que, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Luz Stella Bolívar Sora la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, de manera proporcional a las semanas cotizadas durante el período de gestación.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Lorena Sinisterra Sánchez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo.

Tercero.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Milena Mena Chaverra la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo.”

Posteriormente, mediante Auto de septiembre 11 de 2008 se ordenó, dentro de los procesos T-1830334; T-1831304; T-1833074; T-1833185; T-1833898; T-1834571; T-1836726; T-1838874; T-1845471; T-1845610; T-1848324; T-1849042; T-1850379 cancelar las licencias de maternidad como medida cautelar hasta tanto la Corte adoptará una decisión definitiva:

“(…) Segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Adriana Patricia Rueda Torres la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Tercero.-. ORDENAR a Humana Vivir EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Arlet Johana Mensura Álvarez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Cuarto.-. ORDENAR a Colmédica EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Ayde Yurani Polo García la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Quinto.-. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Shirley Patricia Pardo Salazar la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo

Sexto.-. ORDENAR a Saludtotal EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Adriana Paola Sánchez Parra la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Séptimo.-. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Kenia Liceth Romero Muñiz la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo. (...)

Noveno.- ORDENAR a Salud total EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Ingrid Patricia Charris García la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Elena María Vega Domínguez la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo primero.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Jenny Sirley Concha Soto la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Sofía Andrea Ojeda Sánchez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo Tercero.- ORDENAR a Susalud EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Claudia Patricia Domínguez Hernández la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo cuarto.- ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a María Estella Salazar Quintero la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo quinto.- ORDENAR a SaludTotal EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Doris Gualdrón Jiménez la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado. ”

En todos los casos anteriores, al momento de ordenar las medidas cautelares, se verificó que los casos cumplían con las reglas previstas en la jurisprudencia que procediera el pago de la licencia de maternidad. Estos casos tienen en común que:

1. las tutelantes interpusieron la acción de tutela antes de que hubiera transcurrido un año desde el nacimiento de su hijo.

2. el mínimo vital de las tutelantes se encuentra amenazado ya que su ingreso mensual es de un salario mínimo.

3. la responsabilidad por las semanas dejadas de cotizar no es imputable al empleador, en aquellos casos en lo que lo había.

6.2. Confirmación de medida cautelar. Pago extemporáneo de cotización. (T-1835277)

En el proceso T-1835277 la accionante cotizó durante todo el período de gestación pero algunos de los pagos fueron efectuados de manera extemporánea sin que las EPS los rechazara.

En aplicación de las reglas jurisprudenciales descritas antes, y teniendo en cuenta que la accionante:

1. interpuso la acción de tutela antes de que hubiera transcurrido un año desde el nacimiento de su hijo.

2. cotizó durante todo el período de gestación.

3. su mínimo vital se encuentra amenazado ya que su ingreso mensual es de un salario mínimo.

En la parte resolutive se confirmará la decisión adoptada en el Auto de septiembre 11 de 2008, en el cual se ordenó:

Octavo.-. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Celmira Mejía Hernández la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

6.3. Responsabilidad del empleador por el incumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la licencia de maternidad (T-1827966).

En el proceso T-1827966 la EPS negó a la accionante el pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado completo el período de gestación. Sin embargo, la cotización incompleta

se debió a que su empleador empezó a pagar los aportes al sistema de salud más de un mes después de haber iniciado la accionante a trabajar en la empresa.

En este caso además se encontró que el mínimo vital de la accionante, y el de su menor hijo, se encuentran afectados ya que ella devenga un salario mínimo, el cual es su única fuente de ingresos.

Por estas razones, en la parte resolutive de esta providencia se confirmará la decisión adoptada en el Auto de septiembre 11 de 2008, en el cual se ordenó:

“Primero.- ORDENAR a Servicio Occidental de Salud EPS que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a Viviana Tabares Meneses la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.”

Con todo, servicio occidental de salud podrá repetir por el valor de la licencia de maternidad contra la Asociación Mutual Integral ASMIN, entidad que tiene la obligación de financiar dicha prestación por haber incumplido sus obligaciones como empleador.

Finalmente, en los procesos T-1834939 y T-1845091 la Corte encontró que no se cumplían los requisitos jurisprudenciales para ordenar el pago de la licencia de maternidad mediante la acción de tutela.

En el proceso T-1834939 si bien la accionante afirma que carece de un empleo que le proporcione un ingreso estable para mantenerse ella y su menor hijo, se encontró lo siguiente: (i) la tutelante cotizó como independiente durante cuatro semanas, el período anterior a la vinculación como cotizante independiente se encontraba vinculada al sistema en calidad de beneficiaria del padre del menor, (ii) la accionante no afirma cuál es su ingreso, pero en su carné de afiliación se puede verificar que se encuentra en el rango b, es decir que su IBC es superior a un salario mínimo.

Por su parte, en el proceso T-1845091 la accionante empezó a cotizar como independiente cuando tenía un mes de gestación y antes se encontraba vinculada al sistema en calidad de beneficiaria. Con todo, la accionante no afirma carecer de recursos económicos para su sostenimiento y el de su menor hijo ni encontrarse afectado su mínimo vital. Por el contrario indica que trabaja en el ICBF mediante contrato de prestación de servicios.

IV. DECISION

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 Política,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR los términos suspendidos en los procesos acumulados.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, dentro del proceso T-1729640 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Luz Stella Bolívar Sora. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Saludcoop EPS que le pagara a Luz Stella Bolívar Sora la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, de manera proporcional a las semanas cotizadas durante el período de gestación

Tercero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali, dentro del proceso T-1730583 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Lorena Sinisterra Sánchez. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Lorena Sinisterra Sánchez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo.

Cuarto.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Quibdó, dentro del proceso T-1732550 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Milena Mena Chaverra. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Milena Mena Chaverra la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo.

Quinto.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla, dentro del proceso T-1836726 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Ingrid Patricia Charris García. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se

ordenó a Salud total EPS que le pagara a Ingrid Patricia Charris García la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Sexto.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Santiago de Cali, dentro del proceso T-1848324 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Claudia Patricia Domínguez Hernández. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Susalud EPS que le pagara a Claudia Patricia Domínguez Hernández la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Séptimo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, dentro del proceso T-1845471 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Jenny Sirley Concha Soto. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Jenny Sirley Concha Soto la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Octavo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Penal Municipal de Ocaña, dentro del proceso T-1845610 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Sofía Andrea Ojeda Sánchez. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Sofía Andrea Ojeda Sánchez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Noveno.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué, dentro del proceso T-1833898 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Adriana Paola Sánchez Parra. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Saludtotal EPS que le pagara a Adriana Paola Sánchez Parra la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla, dentro del proceso T-1833185 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Shirley Patricia Pardo Salazar. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se

ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Shirley Patricia Pardo Salazar la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Riohacha, dentro del proceso T-1834571 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Kenia Liceth Romero Muñiz. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Kenia Liceth Romero Muñiz la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo segundo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Tunja, dentro del proceso T-1831304 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Arlet Johana Mensura Álvarez. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Humana Vivir EPS que le pagara a Arlet Johana Mensura Álvarez la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo tercero.- REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso T-1850379 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Doris Gualdrón Jiménez. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a SaludTotal EPS que le pagara a Doris Gualdrón Jiménez la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo cuarto.- REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena, dentro del proceso T-1838874 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Elena María Vega Domínguez. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Elena María Vega Domínguez la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo sexto.- REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, dentro del proceso T-1833074 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Ayde Yurani Polo García. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se

ordenó a Colmédica EPS que le pagara a Ayde Yurani Polo García la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo séptimo.- REVOCAR el fallo proferido por Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dentro del proceso T-1830334 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Adriana Patricia Rueda Torres. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Adriana Patricia Rueda Torres la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo en proporción al tiempo cotizado.

Décimo octavo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Valledupar, dentro del proceso T-1835277 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Celmira Mejía Hernández. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Coomeva EPS que le pagara a Celmira Mejía Hernández la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Décimo noveno.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Penal Municipal de Palmira, Valle, dentro del proceso T-1827966 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Viviana Tabares Meneses. En consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar dispuesta por la Sala mediante la cual se ordenó a Servicio Occidental de Salud EPS que le pagara a Viviana Tabares Meneses la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

Con todo, Servicio Occidental de Salud EPS podrá repetir por el valor de la licencia de maternidad contra la Asociación Mutual Integral ASMIN, entidad que tiene la obligación de financiar dicha prestación por haber incumplido sus obligaciones como empleador.

Vigésimo.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso T-1834939.

Vigésimo primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Popayán dentro del proceso T-1845091.

Vigésimo segundo.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, o la Comisión de Regulación en Salud, si asume antes sus funciones, que en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adopte medidas para corregir la falla en la regulación consistente en la ausencia de mecanismos para resolver los conflictos que se suscitan en razón de la solicitud del pago de la licencia de maternidad, de acuerdo al apartado 5.1 de esta providencia.

Vigésimo Tercero.- Si transcurridos cuatro (4) meses desde la notificación de esta providencia, el regulador no ha adoptado las medidas ordenadas en el numeral anterior, se ORDENA al Administrador Fiduciario del Fosyga y al Ministerio de la Protección social compensar las licencias de maternidad que hayan sido pagadas por las entidades promotoras de salud a las mujeres, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial que lo autorice, en el caso de las mujeres pobres que hayan pagado tarde o hayan dejado de pagar, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5.1 de esta providencia.

Vigésimo Cuarto.- Para garantizar la efectividad de estas órdenes, ORDENAR al Ministerio de Protección Social comunicar a todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país los numerales vigésimo primero y vigésimo segundo de la parte resolutive de esta providencia.

Vigésimo Quinto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, los juzgados: Décimo Civil Municipal de Ibagué (T-1729640); Treinta y Cuatro Civil Municipal de Cali (T-1730583); Primero Civil Municipal de Quibdó (T-1732550); Quinto Penal Municipal de Palmira, Valle (T-1827966); Trigésimo Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín (T-1830334); Primero Civil Municipal de Tunja (T-1831304); Tercero Penal Municipal de Santa Marta (T-1833074); Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla (T-1833185); Noveno Civil Municipal de Ibagué (T-1833898); Primero Civil Municipal de Riohacha (T-1834571); Veintinueve Civil Municipal de Bogotá (T-1834939); Segundo Penal Municipal de Valledupar (T-1835277); Octavo Penal Municipal de Barranquilla (T-1836726); Primero Penal Municipal de Cartagena (T-1838874); Quinto Penal Municipal de Popayán (T-1845091); Primero Civil Municipal de Cali (T-1845471); Penal Municipal de Ocaña (T-1845610); Veintiséis Civil Municipal de Santiago de Cali (T-1848324); Promiscuo Municipal de Fonseca (T-1849042); Tercero Penal Municipal de Santa Marta (T-1850379), tificarán esta sentencia dentro del

término de los cinco (5) días siguientes a haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Vigésimo Sexto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-325 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-390 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 A folio 10 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se señala que el periodo de gestación fue de 39 semanas.

3 Folio 12 del expediente.

4 Folio 13 del expediente.

5 Folio 12.

6 Folio 1 del expediente.

7 A folio 18 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 40 semanas.

8 Folio 17 del expediente.

9 Folio 8.

10 A folio 27 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 39 semanas.

11 A Folio 28 del expediente obra el comprobante de rechazo de indemnización por parte de la EPS en el cual se reconoce la incapacidad a partir de la fecha del parto, 20 de junio de 2007.

13 Folio 13.

14 A folio 19 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se señala que el periodo de gestación fue de 39 semanas.

15 Folio 14 del expediente.

16 A folio 21 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se señala que el periodo de gestación fue de 40 semanas.

17 Folio 20 del expediente.

18 A folio 7 del expediente obra el contrato de trabajo que vincula a la accionante con su empleador, en el cual consta que el salario devengado por la trabajadora es de 433.148 pesos mensuales.

19 A folio 8 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 40 semanas.

20 Folio 6 del expediente.

21 A folio 7 del expediente obra el certificado de devolución de la incapacidad expedido por la EPS en cuestión.

22 Folio 10 del expediente.

23 A Folio 10 del expediente obra el certificado de incapacidad o licencia expedido por la EPS en el cual consta que el salario base de cotización de la accionante es de 816.000 pesos.

24 Folio 12 del expediente.

25 Folio 14 del expediente.

26 A folio 21 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 38 semanas.

27 Folio 23 del expediente.

28 Folio 3 del expediente.

29 Folio 15.

30 Folio 13.

31 En el expediente no hay constancia de las fechas de afiliación de la accionante; no obstante, las afirmaciones de las partes concuerdan en que la afiliación como cotizante se realizó cuando la tutelante se encontraba en estado de embarazo.

32 Folio 2 del expediente.

33 Folio 10 del expediente.

34 Folio 11 del expediente.

35 Folio 11.

36 Folio 7 del expediente.

37 A folios 38 y 39 obran las declaraciones juramentadas recibidas por el juez de primera instancia; además, en el expediente consta que la tutelante ha cotizado a la EPS sobre un salario mínimo (folios 12 a 21).

38 Folio 6 del expediente.

39 Folios 7 a 15.

40 En el certificado de Licencia de Maternidad generado por el médico tratante se indica que el tiempo de gestación fue de 39 semanas (Folio 4 del expediente).

41 Folio 6 del expediente.

42 Folio 4.

43 A folio 8 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 35 semanas.

45 Folio 5 del expediente.

46 Folios 10 a 17.

47 Obran en el expediente fotocopia del carné de afiliación (Folio 8) y certificado de semanas cotizadas (Folio 5) en el que consta que la accionante cuenta con 160 semanas como cotizante.

48 A folio 11 del expediente obra el certificado de nacido vivo donde se indica que el tiempo de gestación fue de 40 semanas.

49 Folio 10 del expediente.

50 Folio 9.

51 Folio 12 del expediente.

52 Folio 21 del expediente.

53 Folios 5 a 11 y 18 y 19.

54 Folio 6 del expediente.

55 Folio 7 del expediente.

56 Folios 10 a 18.

57 A Folio 27 del expediente obra la declaración juramentada de la accionante en que afirma: “cuando yo me afilié tenía dos meses de embarazo.”

58 Ley 1122 de 2007, artículo 7: “La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones: (...)6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.”

59 Acuerdo 8 de 1994: “Artículo 17o. Adoptar doce (12) semanas como el tiempo mínimo requerido de cotización antes de tener derecho a las prestaciones económicas por licencia de maternidad.”

60 Acuerdo 31 de 1996: “Artículo 3o. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones: 14. Definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias por maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo”.

61 Acuerdo 84 de 1997, artículo 3: “Las licencia de maternidad se pagarán con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga-Subcuenta de compensación”

62 Entre las normas que regulaban el acceso a la licencia de maternidad con anterioridad a la Ley 100 de 1993 se encuentran: Ley 73 de 1966; Decreto 996 de 1968; Decreto 2400 de 1968; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1950 de 1973; Decreto 770 de 1975.

63 Decreto 806 de 1998: “Artículo 8o. Financiación. Las Entidades Promotoras de Salud y las Adaptadas garantizarán la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, del Régimen Contributivo en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud

por concepto de la Unidad de Pago por Captación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. || Parágrafo. En los casos de mora el empleador o el pagador de la pensión, responsable, deberá asumir directamente el costo de las prestaciones económicas y las incluidas en el POS, sin perjuicio de su obligación de cancelar la totalidad de las cotizaciones atrasadas al sistema.”

64 Decreto 806 de 1998: “Artículo 80. Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas.”

65 Decreto 806 de 1998: “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.”

66 Decreto 806 de 1998: “Artículo 70. Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador. || Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos. || La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso. || En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales. || Parágrafo. En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados.”

67 Decreto 1406 de 1999: “Artículo 27. Modificaciones en el ingreso base de cotización de aportes al sistema general de seguridad social en salud. El trabajador independiente podrá

modificar su declaración del Ingreso Base de Cotización, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declararlo. Transcurrido este término, se presumirá que el valor declarado constituye el Ingreso Base de Cotización por el año de vigencia de la respectiva declaración. En consecuencia, el trabajador no podrá modificar su Ingreso Base de Cotización, aun en el evento de traslado de entidad administradora o de reingreso al Sistema en calidad de trabajador independiente. || En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de incapacidades por enfermedad general y licencia de maternidad.”

68 Decreto 1406 de 1999: “Artículo 40. Ingreso base de cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso. || En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados. (...) Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS || En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la Ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.”

69 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores

o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: || 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. || Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. || Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)”

70 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

71 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. ¶ 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. ¶ Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.”

72 Decreto 047 de 2000, artículo 3: “(...) 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.”

73 El artículo 6 de dicho decreto describe en detalle el proceso de compensación

74 Sentencia T-996 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño). “El artículo 43 de la Carta estipula como obligación del Estado la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, disposición constitucional que encuentra desarrollo en la legislación laboral, la cual establece que la madre es acreedora de una licencia remunerada que le permita asistir al recién nacido en sus primeros meses de vida y obtener para sí misma la recuperación física necesaria para reintegrarse a sus actividades cotidianas. La licencia de

maternidad es, entonces, una prerrogativa de carácter prestacional que permite el goce efectivo de otros derechos, estos sí fundamentales, como es el caso de la salud en conexidad con la vida, la dignidad humana y los derechos de los niños (...).”.

75 Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

76 Estos requisitos son aquellos con base en los cuales se han negado las licencias de maternidad. Aún cuando hay otros requisitos legales, aquellos no han sido hasta el momento utilizados para negar el acceso a la licencia de maternidad.

78 Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

79 Artículo 43 de la Constitución Política: “(...) Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada (...)”. Artículo 53 de la Constitución Política: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en

cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) protección especial a la mujer, a la maternidad (...)"

80 Artículo 44 de la Constitución Política: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. ¶ La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. ¶ Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.". Artículo 50 de la Constitución Política: "Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia". Esta protección especial, igualmente la dispone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador" (art. 9).

81 En reciente decisión (T-034 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), esta corporación sostuvo: "(...) cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela."

82 Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

83 La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

84 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-158 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-1081 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-241 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

85 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-365 de 1999 (MP: Fabio Morón Díaz) y T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

86 Sentencia T-999 de 2003 (MP: Jaime Araújo Rentería): “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o 2protección. 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 o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”. En el mismo sentido, ver también entre otros, los siguientes fallos: T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-1155 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-1014 de 2003 (MP: Eduardo Motealegre Lynett) .

87 Entre muchas otras, en la sentencia T-383 de 2006 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), al referirse a la jurisprudencia Constitucional en materia de licencia de maternidad, expresó la Corte: “Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta no puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02, T-996/02, T-421/04, T-549/05,

T-682/05 y T-947/05)".

88 Sentencia T-258 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

89 Esta regla fue reiterada en las sentencias T-682 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-208 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-383 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 387 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-437 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

90 En los eventos de despidos sin justa causa de mujeres embarazadas, con fundamento en la jurisprudencia relativa a la protección laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, se ha ordenado a los empleadores, además del reintegro de la trabajadora, el pago de los salarios y prestaciones sociales, incluida la licencia de maternidad, que le correspondían hasta el momento del reintegro. Así por ejemplo, en la sentencia T-578 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte, dentro de la acción de tutela instaurada por una trabajadora dependiente contra su empleadora con ocasión del despido sin justa causa durante el período de gestación, ordenó a la empleadora pagar los salarios y prestaciones sociales, incluida la licencia de maternidad, además de los gastos en que hubiera incurrido la actora por este concepto. En esa oportunidad se precisó la regla sobre la responsabilidad por el pago de la licencia de maternidad: en el caso de las trabajadoras dependientes el empleador, y no la EPS, será responsable por el pago de la licencia de maternidad si: i) no se cumple con el requisito de cotización ininterrumpida al sistema durante todo el período de gestación y este incumplimiento es atribuible al empleador, o ii) el empleador no cotizó oportunamente al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho o no lo hizo de forma completa durante el año anterior a la solicitud. Afirmó la Corte en esta providencia: "Los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la E.P.S. a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y que lo haya hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho. || En el caso de las

trabajadoras dependientes, en el evento que no cumpla con los dos requisitos señalados, y que el incumplimiento del primer requisito sea atribuible a su empleador, será éste y no la E.P.S., el encargado de pagarle la licencia de maternidad a la trabajadora.”

91 Decreto 1804 de 1999: “Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. || Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. || En estos mismo eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)”

92 Entre las primeras sentencias que ordenaron el pago proporcional de la licencia de maternidad, en relación con el número de semanas cotizadas: T-1243 de 2005 (MP Manuel José Cepeda), T-598 de 2006 (MP Álvaro Tafur Gálvis), T-624 de 2006 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

93 T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el período de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el período de gestación.

94 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

95 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

96 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

97 Ibídem.

98 En esta providencia se ordenó el pago proporcional de la licencia de maternidad a Lourdes Amira Díaz Buelvas que había dejado de cotizar 9 semanas, a María Mercedes Camargo Rueda que había dejado de cotizar 10 semanas y a Viviana Esther Contreras Burgos, que había dejado de cotizar 12 semanas. Así mismo se ordeno el pago completo de la licencia de maternidad Lina Blanquicett Zambrano y a Nancy Agudelo Londoño que habían dejado de cotizar 8 semanas.

99 Algunas sentencias recientes en las que se ha aplicado el principio pro homine: T-589 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-580 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-393 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

100 En el año 2004 la Corte profirió 67 sentencias en las que revisaba la procedibilidad del pago de licencias de maternidad; en el año 2005 profirió 83 sentencias en este sentido, en el año 2006: 86.

101 Datos proporcionados por la Relatoría de la Corte Constitucional.