

Sentencia T-127-09

Referencia: expediente T-2.081.124

Acción de tutela instaurada por María Consuelo Rojas Hurtado v. COOMEVA E. P. S.

Magistrado ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

#### SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán en la acción de tutela instaurada por María Consuelo Rojas Hurtado contra la E. P. S. COOMEVA.

#### I. ANTECEDENTES.

La actora, María Consuelo Rojas Hurtado, instauró acción de tutela contra COOMEVA E. P. S. por considerar vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la protección especial a la mujer embarazada y a la seguridad social. Sustentó su solicitud en los siguientes:

#### Hechos.

1.- La ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado se encuentra afiliada a COOMEVA E. P. S. S. A. desde el día 8 de abril de 2003 (Expediente a folio 1).

2.- Relata que el pasado 3 de mayo de 2008 dio luz a su hijo Daniel Fernando Rojas Hurtado, identificado con Registro Civil No. 1059240595. (Expediente a folio 2).

3.- Afirma que acudió a COOMEVA E. P. S. con el fin de obtener el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad la cual le resulta indispensable para estabilizar su situación económica y proporcionarle a su hijo el cubrimiento de sus necesidades más básicas. (Expediente a folio 2).

4.- Aduce que a la fecha no se le ha reconocido ni pagado su licencia de maternidad e indica que COOMEVA E. P. S. se niega a ello con el argumento según el cual no ha cotizado el período total de gestación.

5.- Manifiesta que no convive con el padre de su hijo y añade que carece de un ingreso que le permita garantizar la asistencia necesaria para ella y para su bebé motivo por el cual sus ingresos se ven seriamente afectados y no alcanza a cubrir sus requerimientos más apremiantes. Aduce, en suma, que la negativa de la E. P. S. a reconocerle y pagarle su licencia de maternidad afecta de manera grave su derecho al mínimo vital.

Solicitud de tutela.

6.- La actora exige la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social así como al amparo especial que le confiere la Constitución Nacional a la mujer embarazada y solicita ordenar a la entidad demandada que le reconozca y pague su licencia de maternidad y, en esa medida, que se le cancelen las pretensiones económicas a que tiene derecho.

Pruebas.

7.- En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del carné de afiliada de la demandante a la E. P. S. COOMEVA. (Expediente, a folio 8).
- Copia del Registro de Nacimiento del niño Daniel Fernando Rojas Hurtado (Expediente a folio 9).

- Copia de la Cédula de Ciudadanía (Contraseña expedida por la Registraduría Especial de Popayán, con fecha de preparación de 15 de febrero de 2008).
- Copia de certificado de incapacidad o licencia (Expediente a folio 11).
- Copia del certificado emitido por COOMEVA E. P. S. mediante el cual dicha entidad hace constar que la ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado canceló aportes del Régimen Contributivo al Sistema General de Seguridad Social en Salud entre enero de 2007 y junio de 2008 y se encuentra en estado ACTIVO. En el documento se establece que de enero de 2007 a julio de 2007, las consignaciones las hizo la empresa CGR LTDA. Luego, hay un periodo en que se dejó de cotizar que va de julio de 2007 a diciembre de 2007. A partir de esta fecha hasta febrero de 2008 cotiza la empresa CON TU PERSONAL. De febrero de 2008 hasta junio de 2008, cotiza la demandante como cotizante independiente. (Expediente, a folio 21).

#### INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

8.- Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada, mediante su representante legal, contestó la acción de tutela interpuesta por María Consuelo Rojas Hurtado, afirmando que: (i) la ciudadana Rojas Hurtado se encontraba afiliada a la E. P. S. COOMEVA en calidad de cotizante independiente y que se estado actual era activo; (ii) revisada la licencia de maternidad No. 2039925 causada el día 3 de mayo de 2008 se había encontrado que la peticionaria no cumplía con lo dispuesto en el Decreto 047 de 2000 en el artículo 3, numeral 2º atinente a los períodos de cotización, por cuanto no había cotizado ininterrumpidamente durante todo su periodo de gestación. La entidad apoyó su solicitud en los motivos que se transcriben a continuación.

“Teniendo en cuenta la fecha del evento (nacimiento 03 de mayo de 2008) se demostró que la cotizante no cumplió con el requisito de haber cotizado durante todo su período de gestación de manera ininterrumpida, teniendo en cuenta que durante su embarazo interrumpió la cotizaciones al Sistema mediante afiliaciones así: (subrayas dentro del texto original).

1. Afiliación con empresa CGR LTDA. NiT. 830.076.603

Fecha de afiliación

Fecha de retiro

1. 19-07-07

2. Afiliación empresa CON TU PERSONAL Nit. 800.255.016

Fecha de afiliación

Fecha de retiro

1. 01-02-08

3. Afiliación como independiente

Fecha de afiliación

01-02-08

Se puede evidenciar con lo anterior que la usuaria tuvo una interrupción de su afiliación desde el 19 de julio hasta el 31 de octubre de 2007, fecha en la cual inició su periodo de gestación, pues de acuerdo a la fecha del nacimiento 03 de mayo de 2008, podemos concluir que su embarazo inició en el mes de Agosto de 2007, fecha en la cual según la relación de contratos anterior se encontraba fuera del sistema, es decir, no se encontraba cotizando.

Igualmente, cuando reingresa el Primero de Noviembre a través de la empresa CON TU PERSONAL, ya se encontraba en su tercer mes de gestación.

Lo anterior permite concluir que el empleador era consciente del riesgo que podía presentarse frente al pago por su propia cuenta de la licencia de maternidad causada por la señora María Consuelo Rojas Hurtado a su trabajadora dependiente iniciando un contrato laboral encontrándose en estado de embarazo y aún más grave darlo por terminado durante el periodo de su gestación.

En ese orden de ideas, la Licencia de Maternidad no tiene derecho a reconocimiento económico con cargo a recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al no cumplir con lo estipulado en los presentes decretos.

Es importante establecer que existe una gran diferencia entre la prestación de los

servicios médicos y el reconocimiento económico de las incapacidades; en ese orden de ideas, la incapacidad expedida por el médico tratante, se presenta a la EPS, para transcribir y formalizarla, esta es generada por el Sistema, pero su reconocimiento económico queda condicionado a que el empleador o el trabajador independiente, cumpla con los requisitos señalados en la Ley (Decreto 1804 de 1999 y 047 de 2000).

Los Jueces están investidos en sus fallos al imperio de la Ley (sic), pero tratándose de la acción de Tutela por su carácter Constitucional de la misma, adquieren un fuero especial, que les otorga la inaplicabilidad de la normatividad vigente en procura de la defensa de los Derechos fundamentales, cuando quiera que ellos se encuentren amenazados.

Queremos llamar respetuosamente la atención al juzgado sobre este hecho, por que (sic) aunque la acción de tutela se está dirigiendo contra la EPS, esta entidad no es la jurídicamente obligada a asumir esta prestación económica, por cuanto el Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece unos requisitos legales necesarios para acceder al reconocimiento económico (de) las incapacidades y licencia de maternidad, que no sólo no cumplió la accionante como trabajadora independiente, sino que depende de su empleador exclusivamente el cumplimiento de los requisitos, al cual no le es dable alegar su propia torpeza para alegar beneficios del SGSSS.

La Ley establece sanciones para aquellos aportantes que incumplan sus obligaciones para con el Sistema, no siendo admisible tampoco la ignorancia de la ley de excusa para sus incumplimiento.. (Negritas y subrayas dentro del texto original)

Las normas que más anteriormente se invocan (sic),y que se encuentran vigentes, le dan al accionante el marco Legal, dentro del cual se mueven las distintas EPS autorizadas por el gobierno nacional para desarrollar el Sistema General de Seguridad Social, y que en virtud de tal autorización y de la Naturaleza jurídica de las Entidades Promotoras de Salud, que son instituciones debidamente autorizadas por el Gobierno Nacional, y se encuentran vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud, Y DEBEN Y TIENEN QUE CIRCUNSCRIBIR SUS ACTIVIDADES, PROCEDIMIENTOS Y POLÍTICAS ADMINISTRATIVAS A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA EXISTENTE. (Mayúsculas y subrayas dentro del texto original). Quiere ello decir, que no es potestativo de estas

entidades, negar o autorizar prestaciones económicas que estén viciadas de pagos extemporáneos, mora o períodos mínimo de cotización.

El legítimo derecho al reconocimiento de su licencia, **NO LO HA PERDIDO LA ACCIONANTE** (mayúsculas y subrayas dentro del texto original), y podrá reclamarlo ante la Justicia Ordinaria, quienes (sic) considerarán el legítimo responsable a cancelar la Licencia de maternidad que reclama la señora **MARÍA CONSUELO ROJAS HURTADO**.

Las normas señaladas ante su despacho, no fijan criterios sobre MOROSIDAD o la OPORTUNIDAD EN EL PAGO, sino en COTIZACIÓN ININTERRUMPIDA para tener derecho al reconocimiento de la Licencia de maternidad a través del Sistema de Seguridad Social.”

Con sustento en lo anterior, la E. P. S. demandada insta a la jueza de amparo a despachar desfavorablemente la petición elevada por la ciudadana Rojas Hurtado y en caso de acoger sus súplicas, solicita se autorice a COOMEVA E. P. S. para efectuar el recobro de las sumas pagadas ante la subcuenta correspondiente del FOSYGA.

#### DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

9.- En sentencia emitida el día 25 de junio de 2008, el Juzgado Primero Civil de Popayán resolvió negar la solicitud de tutela impetrada. En apoyo de su decisión, adujo los motivos que se sintetizan a continuación.

Encontró la jueza a quo que la peticionaria no había cumplido con las exigencias establecidas en las normas vigentes para que se le reconociera y pagara su licencia de maternidad. De un lado, a partir de los documentos allegados como medios de prueba al expediente, constató que la actora “no demostró haber cancelado o encontrarse vinculada a la entidad promotora de salud demandada, durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2007, por lo que al momento del parto sólo contaba con 6 meses cotizados.” De otro lado, consideró la jueza de primera instancia que, puestas las cosas de la manera antes transcrita, la actora no había cumplido con su obligación de haberse encontrado afiliada durante todo el periodo de gestación por cuanto para la fecha en que dio a luz únicamente había cotizado 24 semanas y dos días mientras que el periodo total de gestación tuvo una duración de 36 semanas. Ello, a su juicio, implicó que “la interrupción del embarazo se [producía] desde el 19 de julio hasta el 31 de

octubre de 2007, lo que [equivalía] a tres meses, tiempo durante el cual ya se encontraba en estado de embarazo.”

Admitió la jueza a quo que si bien existía claridad meridiana respecto de que la demandante había cotizado al sistema de seguridad social, “desde su primera afiliación hasta la actualidad 271 más cuatro semanas como beneficiaria, no menos cierto era que la actora había dejado de cancelar el periodo comprendido entre 1º de noviembre de 2007 a mayo de 2008. Adicionalmente subrayó que la actora había cotizado únicamente “24.2 semanas, teniendo que el término de gestación según los datos aportados en el expediente [había sido] de 36 semanas, de donde se [colegía] que la accionante no [había cotizado] de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación.”

Finalmente, recalcó que la peticionaria no había reunido los requisitos establecidos por la ley y por la jurisprudencia, motivo por el cual no le asistía el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Con fundamento en los anteriores discernimientos, resolvió negar el amparo solicitado.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1.- Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Nacional y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Problema jurídico

2.- Corresponde a la Sala establecer si al negarse a efectuar el pago de la Licencia de Maternidad por no encontrar acreditado el requisito de la cotización ininterrumpida durante el periodo de gestación, COOMEVA E. P. S. vulneró los derechos constitucionales fundamentales de la ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado y de su hijo.

3.- Con el fin de ofrecer solución al problema jurídico estima la Sala preciso reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con (i) la protección de la mujer durante

el embarazo y el periodo posterior al parto como obligación del Estado, (ii) el régimen legal de la licencia de maternidad; (iii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de licencias de maternidad y la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital; (iv) la inaplicación del periodo mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional. Consideraciones con fundamento en las cuales, esta Sala abordará el estudio del caso concreto.

Protección a la mujer durante el embarazo y en el periodo posterior al parto. Obligación del Estado a la luz de las normas internas e internacionales. Reiteración Jurisprudencial.

4.- Consecuencia del reconocimiento de las condiciones históricas de discriminación y marginamiento de las cuales han sido víctimas las mujeres en el curso de la historia por circunstancias relacionadas con la maternidad<sup>1</sup> y de la honda repercusión de tal situación en el goce de los derechos de los niños y de las niñas, la normatividad internacional ha radicado en cabeza de los Estados la obligación de brindarles especial protección a las mujeres durante el embarazo y en el periodo posterior al parto. Así, variadas exigencias al respecto se encuentran contenidas entre otros, en los Convenios No. 32

y 1833

de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup>

, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador"<sup>6</sup>, y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup>

5.- Los referidos instrumentos, además de establecer una cláusula genérica en relación con la protección antes mencionada, prevén obligaciones concretas, en relación con: (i) el derecho a gozar de un descanso de por lo menos catorce (14) semanas, de las cuales al menos seis (6) deben tomarse con posterioridad al parto; (ii) el derecho a percibir una prestación económica durante el periodo de licencia que garantice un nivel adecuado

de vida tanto a la madre como al niño o a la niña; erogación que deberá financiarse mediante un seguro social obligatorio, con cargo a fondos públicos o directamente por el empleador cuando así lo prevean las normas internas anteriormente vigentes. Este ingreso no podrá ser inferior en ningún caso a las dos terceras partes del salario que percibía la trabajadora al momento de entrar a gozar del descanso.

Así mismo, el Estado debe garantizar que la mayoría de las mujeres puedan cumplir con los requisitos exigidos para percibir la prestación económica durante la licencia de maternidad y en aquellos casos en los que no los cumplan, deberá proveer recursos adecuados con cargo a los fondos de asistencia social; (iii) la obligación estatal de proporcionar asistencia médica a la madre, antes, durante y después del parto; (iv) el derecho a gozar de un descanso remunerado para lactancia; (v) la prohibición de despido durante el embarazo y con posterioridad al alumbramiento y (vi) la protección especial en los casos de trabajadoras que desempeñen labores que puedan resultar perjudiciales durante el embarazo.

6.- Reflejo del espectro protector previsto por las normas internacionales y en desarrollo de la definición del Estado colombiano como Social y de Derecho (artículo 1º) y específicamente de su deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13), la Constitución de 1991 dispuso en su artículo 43, de un lado, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres junto con la consecuente prohibición de toda clase de discriminación con fundamento en el género, y de otro, el derecho de las mujeres a gozar de la especial protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Así mismo previó la posibilidad de recibir un subsidio alimentario si entonces estuvieren desempleadas o desamparadas.

En igual sentido y buscando proteger en forma expresa a las madres trabajadoras, el artículo 53 superior estableció como principio rector en materia laboral, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

7.- Los preceptos antes citados establecen pues, medidas de protección destinadas a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niñas y niños, en atención a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ellas y ellos ostentan con fundamento en

los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional.

Régimen legal de la licencia de maternidad. Reiteración de Jurisprudencia.

8.- La protección en comento ha sido desarrollada por diferentes normas legales y reglamentarias, concretando en diferentes planos el amparo que por mandato superior compete al Estado. De este modo, la protección de los derechos de las mujeres así como de los niños y de las niñas se garantiza entre otras por medio de la adopción de las siguientes medidas: (i) estabilidad reforzada en el empleo prevista por el artículo 239 del C. S. T., subrogado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990, artículo 240 C. S. T. y el artículo 241 C. S. T. modificado por el decreto 13 de 1967 artículo 8; (ii) atención en salud de la mujer gestante, incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud (artículo 162 ley 100 de 1993); (iii) licencia de maternidad o descanso remunerado durante la época del parto dispuesta por el artículo 236 C. S. T subrogado por el artículo 34 de la ley 50 de 1990; (iv) descanso remunerado durante el periodo de lactancia (artículo 238 C.S.T. subrogado por el decreto 13 de 1967 artículo 7) y (v) atención gratuita en salud para los menores de un año cuando no pertenezcan al sistema general de seguridad social en salud (artículo 50 C. N.).

9.- De otra parte, los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo fueron reformados por la Ley 755 de 2002 mediante la cual se creó la licencia remunerada de paternidad. El Código Sustantivo del Trabajo reza:

“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 mismos 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. (...)”

10.- Adicionalmente, la licencia de maternidad o descanso remunerado durante la época del parto dispuesto por el artículo 34 de la ley 50 de 1990 comprende a la luz del mencionado texto dos prestaciones. De un lado, una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, pudiendo la trabajadora empezar a gozar de ella a partir de las dos (2) semanas anteriores a la fecha prevista para el alumbramiento siempre que por lo menos seis (6) de ellas sean tomadas con posterioridad al mismo<sup>8</sup>. Por lo demás, la misma disposición prevé el pago -durante el periodo de licencia- del salario que aquella venía percibiendo al entrar a disfrutar del descanso.

11.- Ahora bien, la prestación económica derivada de la licencia debe ser provista por la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliada la trabajadora (artículo 172 Num. 8º ley 100 de 1993) y en caso de que el empleador haya omitido el deber legal de mantenerla afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, será aquel quien asuma directamente dicha erogación<sup>9</sup>. En el primero de los casos mencionados, a partir de lo dispuesto por el artículo 207 de la Ley 100, las Entidades Promotoras de Salud podrán ejercer el recobro de las sumas canceladas por concepto de licencias de maternidad de sus afiliadas ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación.

12.- A propósito de lo señalado, en un fallo reciente la Corte Constitucional (sentencia T-1223 de 2008) recordó que mediante la precitada Ley 100 de 1993 se le había atribuido al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la potestad para regular

el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad<sup>10</sup>, competencia ésta que fue atribuida por la Ley 1122 de 2007 a la comisión de Regulación en Salud para se ejercida a partir del instante en que tal órgano entrara en funcionamiento<sup>11</sup>. Sobre el punto insistió la Corte Constitucional en lo siguiente:

“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 maternidad<sup>12</sup>; 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 maternidad<sup>13</sup>; 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 compensación<sup>14</sup>, reiterado a su vez en los Acuerdos 159 de 1999, 161 de 2000, 186 de 2000 y 218 de 2001.”

13.- A lo dicho en precedencia se agrega que varias disposiciones reglamentarias<sup>15</sup> se han encargado de definir en forma detallada los requisitos específicos que permiten acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con posterioridad a la Ley 100 de 1993, si bien es cierto estos se encontraban regulados de tiempo atrás<sup>16</sup>. En concordancia con ese grupo de normas puede afirmarse que con el propósito de 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<sup>17</sup>.”

Incumplimiento de los requisitos previstos en la regulación para el pago de la licencia de maternidad

14.- La observancia de los requisitos previstos en la regulación para el pago de la licencia de maternidad es en realidad una cuestión cuyo conocimiento compete, en principio, a la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa –según se trate de trabajadoras particulares u oficiales-, pese a lo cual, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido en innumerables pronunciamientos que, teniendo en cuenta la relevancia constitucional de la licencia de maternidad, procede el amparo por vía de tutela como mecanismo que permite la garantía de los derechos constitucionales fundamentales de la mujer en estado de gravidez y del niño o niña recién nacido (a). En este orden de ideas, dos conclusiones se imponen.

(i) En primer término, las controversias en relación con el reconocimiento de la licencia pueden ser llevadas al conocimiento de la autoridad judicial en sede de tutela en forma excepcional. (ii) En segundo lugar, la apreciación de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica derivada de la misma debe tener en cuenta la protección de los derechos constitucionales fundamentales en conflicto y, en tal sentido, puede conducir a la inaplicación de las exigencias antes mencionadas cuando éstas se tornen inconstitucionales en circunstancias específicas. Aspectos que a continuación expondrá con mayor detenimiento esta Sala.

Jurisprudencia constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la prestación económica, derivada de la licencia de maternidad. La presunción de afectación del mínimo vital.

15.- Como prestación económica, la licencia de maternidad sigue en relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para reclamar el pago, la misma regla que otras acreencias laborales, razón por la cual, la competencia al respecto

corresponde por regla general a los jueces ordinarios en materia laboral o contencioso administrativa<sup>18</sup>.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las acciones ordinarias no constituyen, en términos generales, mecanismos idóneos para conjurar la afectación del mínimo vital -tanto de la madre como del niño o de la niña que acaba de nacer- producida como consecuencia de la omisión en relación con el pago de la licencia de maternidad. Lo anterior, por cuanto su diseño procesal no cuenta con la agilidad que la protección de los derechos constitucionales fundamentales de estos dos sujetos de especial protección constitucional demanda<sup>19</sup>.

16.- Así las cosas, esta Corporación ha reconocido en reiteradas ocasiones que, la tutela resulta el medio de idóneo para reclamar el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad en los casos en que la ausencia de tales recursos afecte el derecho a gozar de un mínimo vital existencial y por ende la garantía de otros derechos constitucionales fundamentales como es el caso de la vida digna, la salud, la integridad tanto física como psíquica y la seguridad social<sup>20</sup>.

Así, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que tal afectación del mínimo vital se presentaba en especial, en aquellos casos en los cuales, la licencia -haciendo las veces de salario- era el único sustento para madre e hijo en el periodo del posparto<sup>21</sup>. En este sentido, la sentencia T-664 de 2002 señaló que:

“[L]a licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica.”

17.- Con fundamento en lo anterior, se planteó en la doctrina constitucional la existencia de una presunción en relación con la vulneración del mínimo vital en los casos en que (i) la madre devengue un salario mínimo<sup>22</sup> y (ii) el salario constituya su única fuente de ingreso<sup>23</sup>. Razón por la cual, corresponde al empleador o a la Entidad Promotora de Salud demostrar que el no pago de la licencia no acarrea la afectación de las condiciones de subsistencia acordes con la dignidad

humana.

En sentencia T-136 de 2008 esta Sala de revisión amplió en forma coherente con el desarrollo jurisprudencial anterior el ámbito de aplicación de la presunción en comento, y sentó las siguientes reglas:

i. “[L]a accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad. Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos”

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

iii. “[T]ratándose de una prestación por licencia, que reemplaza el pago del salario, no es posible afirmar que no existe vulneración del mínimo vital, ya que en la regularidad de los casos el pago del salario es imprescindible para garantizar el derecho a la vida digna de quien lo recibe” razón por la cual, “la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite suponer la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital”.

iv. “Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija]. En consecuencia, el no percibir ingresos por un período de 84 días (tiempo de la licencia de maternidad) indica la vulneración del derecho al mínimo vital, que se presume por la falta de

salario.”

v. “En este sentido, si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados”

vi. “[C]uando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto”

vii. “[L]as circunstancias propias de la madre gestante deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.”<sup>24</sup>

18.- Así las cosas, la acción de tutela resulta el mecanismo idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando quiera que la omisión relativa a su pago vulnere el derecho al mínimo vital de la peticionaria y de su hijo o hija, asunto que se presume cuando el juez constitucional advierte -sin que para tal efecto sea menester señalarlo de este modo en la solicitud de tutela- que dicha prestación es esencial para la subsistencia de ambos sujetos en condiciones acordes con su dignidad, trasladando al demandado la carga de demostrar lo contrario y en consecuencia, probar la improcedencia de la tutela como medio de defensa.

19.- Un último aspecto relevante en relación con la posibilidad de solicitar el pago de la licencia de maternidad por medio de la acción de tutela es el relativo al término dentro del cual el amparo debe ser presentado. En torno a este punto, la jurisprudencia sostuvo inicialmente que, la accionante debía presentar su solicitud dentro del lapso en el cual tal prestación debía tener lugar, esto es, antes de cumplirse los ochenta y cuatro (84) días

siguientes al parto. Lo anterior, bajo el entendido que una vez transcurrido este periodo, la madre se reintegraba al trabajo y en consecuencia percibía nuevamente su salario mensual, cesando así la afectación de sus derechos fundamentales. De este modo, una vez transcurrido dicho lapso, el objeto de la acción de tutela sería el resarcimiento de un daño consumado, supuesto previsto expresamente como causal de improcedibilidad de la misma de acuerdo con el artículo 6º del decreto 2591 de 199125.

En sentencia T-999 de 2003, esta Corporación varió su jurisprudencia al respecto, sosteniendo para el efecto que, el plazo de ochenta y cuatro días (84) se estaba convirtiendo en un obstáculo para el acceso efectivo de las trabajadoras y los recién nacidos a las aludidas prestaciones, por varias razones, entre ellas, aquellas “referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos”<sup>26</sup>. Así mismo, consideró la Corte que, en estos casos, es necesario hacer énfasis en la protección del/ de la recién nacido (a) con el fin de permitirle a la madre presentar la solicitud de amparo dentro del término que la misma Constitución fija para la asistencia en forma gratuita de los niños o niñas que no cuenten con un régimen de seguridad social en salud (artículo 50 C.N.), razón por la cual, el juez de tutela deberá conceder la protección demandada siempre que ésta se solicite dentro del año siguiente al nacimiento del menor<sup>27</sup>.

Así mismo, en sentencia T-136 de 2008 se sostuvo que esta tesis puede fundarse adicionalmente, en la aplicación del término de prescripción de 1 año, previsto por el del Decreto 758 de 1990 para ejercer el cobro de cualquier subsidio o prestación a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. Régimen a todas luces aplicable a la licencia de maternidad en cuenta prestación social derivada del contrato de trabajo.

El periodo mínimo de cotización como requisito para acceder a la prestación económica derivada de la licencia de maternidad. Inaplicación como mecanismo de protección constitucional. Reiteración Jurisprudencial.

21.- Como se señaló con antelación, uno de los requisitos para que las Entidades

Promotoras de Salud efectúen el pago correspondiente a la licencia de maternidad es, a la luz de las normas vigentes, que quien se hace acreedora a ella haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación. En principio, la jurisprudencia constitucional aplicó estrictamente dicha exigencia, negando el amparo de los derechos fundamentales de las madres cuando éstas no hubieran cotizado durante todo el embarazo.

Sin embargo, la postura en comento ha sido reemplazada paulatinamente por una más protectora, que busca dar cumplimiento a la protección que de acuerdo con la Constitución merecen la mujer en estado de gravidez y el niño o la niña recién nacido (a), inaplicando las normas al respecto, con la intención de garantizar la vigencia de los mandatos superiores, dar prevalencia al derecho sustancial sobre las cuestiones formales<sup>28</sup> y aplicar en forma directa los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, de la seguridad social.

22.- De esta forma, el análisis de los diferentes asuntos sometidos a su conocimiento ha conducido a las distintas Salas de Revisión de esta Corporación a ordenar el pago de las licencias de maternidad aún cuando quienes las soliciten no hayan cotizado a su E. P. S. durante la totalidad del periodo de embarazo. Pese a lo anterior, la posición adoptada en relación con la apreciación de los periodos de cotización necesarios para acceder a la prestación y la proporción en que ésta debe ser cancelada no ha sido unánime, concurriendo al respecto diversas posturas.

23.- En relación con el periodo de cotización exigido, la exigencia legal se inaplicó inicialmente a casos en los cuales se echaba de menos la cotización de algunos días<sup>29</sup>, para posteriormente extender tal interpretación a hipótesis en las que la cotización faltante correspondía a semanas e incluso a meses<sup>30</sup>.

24.- En cuanto a la proporción en que debe ordenarse el pago de la licencia coexisten a su vez dos posiciones. De un lado, una tesis inicial que procuró el pago total de la prestación<sup>31</sup> y de otro, una que sostiene como apropiado en estos casos, ordenar un pago proporcional a los periodos efectivamente cotizados, con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema general de seguridad social<sup>32</sup>.

En sentencia T- 206 de 2007, la Corte consideró que las dos tesis anteriormente

señaladas podían ser armonizadas con fundamento en un criterio puesto en práctica en la sentencia T-053 de 2007, fallo en el cual, se ordenó el pago total de licencia de maternidad a favor de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de dos meses y dos días. Así, se propuso distinguir entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa.

25.- Esta postura ha sido acogida en diversos pronunciamientos, entre los cuales se encuentran la sentencias T-530 y 576 de 2007 y aún más recientemente en el fallo T-136 de 2008. Sin embargo, es importante tener en cuenta que no se trata de una regla aplicable en forma automática a todas las hipótesis sometidas al conocimiento del juez de amparo, por cuanto, será en últimas esta autoridad judicial quien, de acuerdo con el análisis razonado de los medios probatorios obrantes en el expediente y atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso, establecerá la forma en la que debe concederse la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

26.- En este lugar, considera la Sala que debe tenerse presente la decisión adoptada recientemente por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-1223 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la Sala Segunda de Revisión de Tutelas pronunciarse acerca de varios casos de mujeres que solicitaban el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Ciertamente es que los asuntos bajo consideración de la Sala en esa oportunidad diferían unos de otros en varios aspectos relevantes, pero ello no fue óbice para que la Corte identificara algunos problemas fundamentales relacionados con este tópico y, en un esfuerzo de síntesis, diera cuenta de las líneas jurisprudenciales más recientes en la materia<sup>33</sup>.

27.- Especial relevancia cobran las conclusiones que extrajo la Sala a partir del análisis jurisprudencial efectuado. Encontró la Corporación que el número de tutelas que interponían las mujeres para obtener el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad había aumentado considerablemente con el tiempo y constató que, en su mayoría, se trataba de mujeres que no cumplían con la totalidad de las exigencias legales para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad<sup>34</sup>. Verificó,

por demás, que gran parte, si no la totalidad de estas mujeres<sup>35</sup>, se encontraban en especial situación de indefensión, dada las circunstancias económicas por las que atravesaban<sup>36</sup>. Del mismo modo, halló la Corte que existía un vacío de regulación<sup>37</sup> por cuanto el órgano competente para dirimir los conflictos que se presentaban en relación con este asunto todavía no había dictado medidas sobre el particular.

Insistió, sin embargo, que para regular esta materia era preciso tener en cuenta los desarrollos jurisprudenciales y debía repararse, ante todo, en que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad era un asunto que se ligaba muy estrechamente con la eficaz garantía de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres, así como de los niños y niñas recién nacidos (as), quienes no sólo eran sujetos de especial protección constitucional, sino que, por la vía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recibían un amparo reforzado de sus derechos bajo estricta aplicación del principio pro homine.

Por último, la Corte resolvió los casos concretos y adicionalmente adoptó un grupo de decisiones cuyo propósito consistió, precisamente, en prevenir que las mujeres tuvieran que acudir a la tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la que, de conformidad con la Constitución, con la ley, - interpretada en armonía con los preceptos contenidos en la Constitución Nacional y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -, del mismo modo, que con arreglo a la jurisprudencia constitucional, tienen derecho<sup>38</sup>.

28.- Insiste la Sala en el especial énfasis que puso la Corte en la referida sentencia respecto de que la regulación que debía adoptarse tuviese presente la situación de las mujeres que por encontrarse en una situación económica precaria no podían cumplir con las exigencias legales. En estos casos, subrayó la Corte la necesidad de seguir las líneas jurisprudenciales más recientes teniendo en cuenta la que mayor protección les confiere a las mujeres más vulnerables. Hizo hincapié, sobre la pretensión de que la regulación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en estos casos atendiera los requerimientos de estas mujeres respecto de las cuales la Constitución permitía adoptar “medidas especiales y diferenciadas que [garantizaran] su protección, a manera incluso de acción afirmativa<sup>39</sup>.”

29.- A continuación esta Sala considera pertinente efectuar una breve síntesis de las sub reglas más importantes que sentó la Corte en la sentencia 1223 de 2008 y que adquieren preeminencia en la solución del asunto bajo examen<sup>40</sup>, esto es, en lo referente a la procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación y en relación con la jurisprudencia que regula lo atinente al pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad.

30.- Frente al primer punto, dejó sentado la Corte cómo en lo que se refiere a la exigencia de acuerdo con la cual la mujer debe haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, la jurisprudencia había sido uniforme en afirmar que la falta de observancia de este requisito no debía,

“tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [podía] 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) y para los niños (artículos 44 y 50 de la Constitución). 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.”

31.- En conexión con el segundo punto, también rememoró la Corte que existía una jurisprudencia constante mediante la cual se reconocía la necesidad de pagar de manera proporcional a la mujer que “había dejado de cotizar más de dos meses.” Llamó la atención sobre la existencia de discrepancias en torno al número de semanas que conformaban los dos meses y llegó a la conclusión de acuerdo con la cual debía aplicarse aquella interpretación más favorable a los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres así como de los niños y las niñas recién nacidos (as).

Sobre este aspecto trajo a la memoria cómo existían dos interpretaciones. De un lado, aquella según la cual dos meses corresponden a 8 semanas (Corte Constitucional.

Sentencia T-530 de 2007) y aquella en concordancia con la cual dos meses corresponden a 10 semanas (Corte Constitucional. Sentencia T-971 de 2007). Luego de señalar cómo ninguna de estas dos sub reglas ha sido adoptada mediando una “argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención”, concluyó que atendiendo a las exigencias derivadas tanto de la Constitución como - por la vía del artículo 93 Superior-, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, debía adoptar la equivalencia más favorable, esto es, la que tenía “en cuenta el tiempo real que dura la gestación<sup>41</sup>.”

32.- En vista del anterior discernimiento, la Corte resolvió ordenar en la parte resolutive de su fallo que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud debía adoptar medidas que tuviesen presente “el tiempo real que dura la gestación, frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud.” Respecto de este extremo añadió lo siguiente:

“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 homine<sup>42</sup>, 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.”

33.- Ahora bien, en lo que sigue, esta Sala aplicará la jurisprudencia sentada por la Sala Segunda de Revisión de Tutelas en la sentencia T-1223 de 2008 y con sustento en esos lineamientos así como en las demás consideraciones efectuadas en la parte motiva de la presente sentencia, procederá a resolver el asunto sub examine.

#### Caso concreto

34.- En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, la ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, los cuales estima han sido vulnerados por COOMEVA E. P. S. al negarse a efectuar el pago de la licencia de maternidad a la que considera tiene derecho de conformidad con las normas legales y jurisprudenciales.

Al respecto, COOMEVA E. P. S. señala que la peticionaria no cumple con los requisitos legales para el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, toda vez que sólo cotizó en forma ininterrumpida al sistema general de seguridad social en salud durante veinticuatro semanas y dos días (24.2) de las treinta y seis (36) que duró el periodo de gestación de su hijo, nacido el pasado 8 de abril de 2008, razón por la cual, no existe vulneración alguna de sus derechos constitucionales fundamentales que pueda ser conjurada por la autoridad judicial en sede de tutela.

La jueza de primera instancia negó el amparo deprecado con los mismos argumentos esgrimidos por la parte demandada e insistió que la actora no había cumplido con las exigencias establecidas en las normas legales ni jurisprudenciales. Encontró que la peticionaria únicamente había cotizado 24 semanas y dos días, mientras que el período total de embarazo tuvo una duración de 36 semanas.

35.- De conformidad con lo señalado líneas atrás, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para reclamar el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad depende de la observancia, en el caso concreto, de dos supuestos: (i) la vulneración del mínimo vital de la peticionaria y de su hijo (a) y (ii) la presentación de la solicitud de tutela dentro del año siguiente a la fecha del nacimiento.

En cuanto a la primera de las exigencias antes mencionadas, existen, de acuerdo con las reglas planteadas anteriormente, supuestos que permiten a la autoridad judicial en sede de tutela presumir la afectación del mínimo vital y la consecuente necesidad de la prestación económica para asegurar la subsistencia del niño o de la niña y de su madre y garantizar de ese modo la vigencia de otros derechos constitucionales fundamentales de que son titulares.

36.- En el asunto sub examine, la peticionaria aseveró -en el escrito que hace las veces de demanda - que consideraba vulnerado su mínimo vital. Como se dejó sentado en precedencia, esa sola afirmación basta para presumir que el mínimo vital de la madre y del niño o niña, se encuentra amenazado. Se dijo al respecto, que se encontraba en cabeza de la entidad demandada o de la autoridad judicial en sede de tutela desvirtuar tal presunción, cosa que no sucedió en el caso que examina la Sala en la presente oportunidad.

La afirmación efectuada por la madre en el escrito de tutela así como el hecho de que tal aseveración no haya sido desvirtuada dentro del proceso de tutela, lleva a la Sala a concluir que se presenta una vulneración del mínimo vital. Adicionalmente, resulta preciso reparar en que la peticionaria se encuentra en el momento sin empleo y carece por lo tanto de ingresos que le permitan atender sus necesidades más apremiantes y las de su pequeño hijo. En suma, debe la madre atender sola estos requerimientos dado que no convive con el padre del niño.

37.- Por lo anterior, encuentra la Sala que en el caso bajo examen obligar a la peticionaria a acudir a la jurisdicción ordinaria la pondría en condición especial de indefensión, por manera que para evitar la afectación al derecho al mínimo vital, tanto de la madre, como del niño, la acción de tutela representa la vía más pertinente y conducente de proteger sus derechos constitucionales fundamentales.

38.- A propósito del cumplimiento del segundo de los requisitos antes señalado para la procedencia del amparo por vía de tutela, cabe destacar que, la acción fue radicada el día trece (13) de junio de 2008, esto es, exactamente un mes y diez días después del nacimiento del menor cuya protección se solicita, razón por la cual, la peticionaria se encuentra dentro del lapso señalado de modo indicativo por la jurisprudencia de esta Corporación para hacer procedente la solicitud de amparo.

39.- De otro lado, queda por definir si de acuerdo con las normas legales y en armonía con la jurisprudencia constitucional en la materia, la actora debe ser amparada con la prestación económica derivada de la licencia de maternidad. Al respecto cabe señalar, en los términos antes planteados, que la aplicación automática de las normas legales en relación con los requisitos para acceder a la prestación en comento podría llevar al desconocimiento de la especial protección que a la luz de la Constitución merecen la madre y el niño o la niña que acaba de nacer.

En vista de lo anterior, esta Sala inaplicará la exigencia relativa al periodo mínimo de cotización y en consecuencia dará aplicación directa de los artículos 43 y 50 de la Constitución Nacional, ordenando a COOMEVA E. P. S. efectuar el pago de la licencia de maternidad en favor de la ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado como mecanismo para conjurar la vulneración del mínimo vital y para hacer efectivo el amparo que a la luz

de las normas internacionales compete al Estado respecto de las mujeres gestantes y sus hijos o hijas durante el embarazo y en el periodo posterior al parto.

40.- Ahora bien, más arriba indicó la Sala cómo el cálculo de las semanas de cotización tendría que atender las circunstancias del asunto en particular. En se orden, debe repararse en que el periodo total de embarazo en el presente asunto fue de treinta y seis semanas habiendo la peticionaria cotizado veinticuatro semanas y dos días. De esta manera se presentó un faltante de 12 semanas sin cotizar - que corresponde justamente a los meses en que la peticionaria dejó de cotizar entre julio de 2007 y diciembre de 2007, teniendo en cuenta que, dada la fecha del nacimiento, la peticionaria llevaba 12 semanas de embarazo cuando se vinculó a la empresa CON TU PERSONAL.

Por tal razón, atendiendo a lo establecido en los decretos que regulan el pago de la licencia de maternidad, se plantea el problema de si al no haber cotizado durante las 12 semanas iniciales del embarazo por no encontrarse en ese momento afiliada a la E. P. S. demandada perdió la peticionaria el derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad.

41.- Como se recordó en precedencia, la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que cuando se amenaza el derecho constitucional fundamental al mínimo vital de la madre y del/ de la recién nacido (a) por el no pago de la licencia de maternidad, la tutela se convierte en la vía más eficaz para proteger ese derecho y otros derechos constitucionales fundamentales que están en juego. Desde esta perspectiva, cuando la Corporación ha constatado la afectación al mínimo vital de la madre y de su hijo o hija ha procedido a ordenar a la E. P. S. a la que se encuentra afiliada la peticionaria, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad así la madre no haya cotizado durante todo el periodo de embarazo. En este orden, ha inaplicado la Corte el Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2)43, y le ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución, en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del/ de la recién nacido (a).

42.- Teniendo en cuenta que en el asunto sub judice el periodo durante el cual la accionante no cotizó, equivale a doce (12) semanas, es decir, se trata de un lapso mayor

a dos (2) meses, contados esos dos (2) meses teniendo presente la interpretación más favorable, a saber, aquella de acuerdo con la cual cuando se trate de reconocimiento y pago de licencias de maternidad dos (2) meses equivalen a diez (10) semanas, la Sala ordenará el pago proporcional de la licencia al tiempo que efectivamente cotizó la peticionaria con fundamento en el monto que servía de base de cotización al momento del nacimiento de su hijo, por considerar que de esta forma se protegen en forma adecuada los derechos fundamentales conculcados en el asunto sub judice.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado Primero Civil de Popayán el día 25 de junio de 2008 y, en consecuencia, CONCEDER el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR a COOMEVA E. P. S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar a la ciudadana María Consuelo Rojas Hurtado su licencia de maternidad de modo proporcional al tiempo que efectivamente cotizó la peticionaria con fundamento en el monto que servía de base de cotización al momento del nacimiento de su hijo.

Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Con Salvamento de Voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-127 DE 2009 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Referencia: expediente T-2081124

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito salvar mi voto a esta sentencia respecto del ordinal de la parte resolutive en los cuales se ordena reconocer sólo proporcionalmente a la actora la licencia de maternidad a que tiene derecho, por cuanto discrepo del no reconocimiento pleno de la protección tutelar de los derechos fundamentales invocados.

A este respecto, me permito reiterar la posición jurídica de este magistrado, en cuanto a que considero que lo procedente es el reconocimiento pleno y no a medias de los derechos fundamentales, en este caso, el reconocimiento del pago total de la licencia de maternidad, mediante el cual se protege de manera efectiva los derechos tanto de la madre como del menor, sujetos de especial protección constitucional. Insisto por tanto, en que a juicio de este magistrado, lo que debe hacer la Corte Constitucional es ampliar la garantía plena de los derechos fundamentales, reconociendo en este caso, el pago de la totalidad de la licencia de maternidad, y no por el contrario, restringir la protección de tal derecho reconociendo sólo un pago parcial o proporcional.

Con fundamento en las anteriores razones, salvo mi voto a la presente decisión de revisión de la acción tutelar.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Cfr. Sentencia T-461 de 2006.

2 “Artículo 3: En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a)

no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b)

tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c)

recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho,

desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

d)

tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.”

3 Artículo 4: “1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.

4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.”

Artículo 6:”1. Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace referencia en los artículos 4 o 5.

2. Las prestaciones pecuniarias deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.
3. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia indicada en el artículo 4 deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.
4. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia a que se refiere el artículo 4 deban fijarse por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del párrafo anterior.
5. Todo Miembro deberá garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio.
6. Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.
7. Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.
8. Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los artículos 4 y 5 deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las

prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando:

a)

esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o

b)

?

4 Artículo 10: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. (...)”

5 Artículo 11: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular (...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales

comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

#### 6 Artículo 15: “Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto (...)”

7 Artículo 24: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”

8 Decreto 956 de 1996 artículo 1º.

9 Cfr. Sentencias T-383 de 2006, T-258 de 2000, T-3990 de 2001, entre otras.

10 Artículo 172 “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.”.

11 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.”

12 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.”

13 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”.

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

15 Decreto 806 de 1998 (artículos 8; 63; 70 y 80); Decreto 1406 de 1999 (artículos

27 y 40); Decreto 1804 de 1999 (artículo 21); Decreto 047 de 2000 (artículo 3º)

16 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.

18 El conocimiento de controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en el caso de empleadas públicas que demanden de su empleador tal prestación.

19 Cfr. Sentencias T-139 de 1999, T-530 de 2007 y T-136 de 2008.

20 Así, por ejemplo, Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01, T-707/02, T-906 de 2006.

21 Cfr. Entre otras, sentencias T-1038 de 2006,

22Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-906 de 2006, T-520 de 2006, T-707 de 2002, T-158 de 2001, T-1081 de 2000 y T-241 de 2000.

23 En tal sentido, ver, entre otras: T-947 de 2005, T-641 de 2004, T-1013 de 2002, T-365 de 1999, y T-210 de 1999.

24 En igual sentido Sentencia T-466 de 2000.

25 Ver al respecto las sentencias T-075 de 2001, T-1224 de 2001, T-1013 de 2002, T-029 de 2003, y T-118 de 2003, entre otras.

26 Sentencia T-999 de 2003.

27 Esta posición ha sido reiterada entre otras en las Sentencias T-665 y 778 de 2004; y T-1058 de 2006.

28 Artículo 228 Constitución Nacional.

29 Cfr. Sentencias T-931 de 2003, T-389 de 2004, T-549 de 2005, T-122, T- 298 y T-144 de 2007.

30 Cfr. Sentencias T-615 y T-1010 de 2004, T-790 de 2005.

31 Cfr. Sentencias T-349 de 2005, T-1205 de 2005 y T-053 de 2007.

32 Cfr. Sentencias T-1243 de 2005, T- 598 de 2006, T-034 y T-206 de 2007.

33 Con el fin de ofrecerle solución a los casos concretos la Corte estimó pertinente referirse en primer lugar a las exigencias de orden legal que han de cumplirse con el objeto de acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad así como a los efectos que trae consigo el incumplimiento de las mismas. Luego, estudió las condiciones que ha puesto la jurisprudencia constitucional para la procedencia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por vía de acción de tutela, considerando de modo especial las líneas jurisprudenciales trazadas en el año 2007.

34 “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) y de estas el 14% (67) eran reiteración de pago de licencia de maternidad. Datos proporcionados por la Relatoría de la Corte Constitucional.” Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

35 “(i) La mayoría, casi la totalidad, de las acciones de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad son interpuestas por mujeres pobres, con un Ingreso Base de Cotización de un salario mínimo, a veces un ingreso ligeramente superior, que en todo caso requieren el pago de la licencia para su supervivencia. (ii) La mayoría de estas mujeres se encuentran en condiciones de informalidad y su vinculación al sistema es en calidad de independientes. (iii) 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.” Corte Constitucional. Sentencia T-1223

de 2008.

36 “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.” Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

37 “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.” Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

38 “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.

39 Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

40 La Corte examinó, en general, los siguientes supuestos. (i) 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. (ii) Reglas jurisprudenciales de pago de licencia de maternidad cuando la mora o el no pago es imputable al empleador; (iii) Jurisprudencia sobre pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad. (iv) Judicialización del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

41 Corte Constitucional. Sentencia T-1223 de 2008.

42 Algunas sentencias recientes en las que se ha aplicado el principio pro homine: T-589 de 2008; T-580 de 2008 y T-393 de 2008.

43 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-906 de 2006; T-838 de 2006; T-728 de 2006; T-674 de 2006; T-640 de 2006; T-598 de 2006; T-461 de 2006; T-408 de 2006; T-1298 de 2005; T-1243 de 2005; T-1205 de 2005; T-790 de 2005; T-549 de 2005; T-1155 de 2003 y T-931 de 2003. En algunos de los casos antes citados, los periodos contenidos dentro del tiempo del embarazo y en los que no hubo cotización, obedecieron principalmente a las siguientes razones: (i) el traslado de una EPS a otra no es inmediato, y por tal razón, durante el lapso que se toma este trámite administrativo, la cotizante carece de afiliación y por tanto deja de cotizar por unos días (T-408 de 2006); (ii) el vínculo laboral de la cotizante estaba sujeto a renovaciones periódicas pero no inmediatas, lo que conducía a que existieran periodos de tiempo en los que carecía de un vínculo laboral que obligara a su empleador a cotizar al sistema de seguridad social (T-640 de 2006; T-549 de 2005 y T-1155 de 2003); (iii) la terminación del vínculo laboral ocurrió antes de que finalizara el mes calendario, por tal razón, dado que no laboró el mes completo, su empleador no pagó la cotización correspondiente a un mes entero sino proporcional a los días laborados (T-1243 de 2005); (iv) la iniciación del vínculo laboral se dio después de iniciado el mes calendario, por tal razón, dado que no laboró el mes completo, su empleador no pagó la cotización correspondiente a un mes entero sino proporcional a los días laborados (T-1243 de 2005); (v) la cotizante cambió de empleo y de empleador y dicho cambio no ocurrió de manera inmediata (T-728 de 2006; T-790 de 2005 y T-931 de 2003) y (vi) la cotizante dejó de ser trabajadora dependiente y pasó a ser trabajadora independiente (o viceversa), pero este cambio no se dio de manera inmediata (T-838 de 2006; T-461 de 2006; T-674 de 2006 y T-598 de 2006).