Sentencia T-206/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reglas jurisprudenciales para reconocimiento y pago

DERECHO A LA LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad con el mínimo vital de la madre y el hijo recién nacido

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción de no exigir el pago completo e ininterrumpido de semanas cotizadas

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago debe hacerse de manera diferente cuando el lapso de no cotización es de días y de semanas

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago proporcional por haber dejado de cotizar durante el embarazo por un periodo superior a dos meses

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago del 100% por haber dejado de cotizar durante el embarazo por un periodo inferior a dos meses

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes T-1508372 y 15083731

Acción de tutela instaurada por Ligia Sabogal Martínez contra Cafesalud EPS y acción de tutela instaurada por Diana Marcela López Romero contra Susalud EPS.

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita las presentes acciones 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.2

EXPEDIENTE T-1508372

1. Ligia Sabogal Martínez presentó el día 25 de septiembre de 2006,3 acción de tutela en contra de Cafesalud EPS,4 pues considera que esa entidad ha desconocido sus derechos al mínimo vital, a la vida, a la dignidad humana, y a la seguridad social al negarse a pagarle la licencia de maternidad por el nacimiento de su hijo ocurrido el 13 de mayo de 2006,5 al considerar que no cumple con el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el tiempo de la gestación (Decreto 47 de 2000, Art. 3 num. 2) dado que cotizó durante 29 semanas al servicio de la empresa INVERSIERRA E HIJOS LTDA a la cual se encuentra vinculada desde el 22 de septiembre de 20056 y el embarazo tuvo una duración de 39 semanas.7

1.1. Sostiene la accionante que en dicha empresa ocupa el cargo de secretaria, devenga un salario de $408.000.oo, no cuenta con ninguna otra fuente de ingresos, es madre cabeza de familia y que como consecuencia del no pago de la licencia se vio en la obligación de acudir a préstamos a altas tasas de interés para sufragar sus gastos y los de su hijo recién nacido.8

2. El juez de instancia (Juzgado Tercero Penal Municipal de Descongestión de Bogotá) decidió negar la acción de tutela, pues consideró que si bien de las pruebas aportadas al proceso se vislumbra la apremiante situación económica de Ligia Sabogal y de su hijo, la cual compromete su mínimo vital, la accionante no cumplió con el requisito legal de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el tiempo de la gestación. Concluye el Juzgado Tercero que bajo las circunstancias descritas “la negativa de la entidad demandada a efectuar dicho pago, no vulnera los derechos fundamentales invocados en esta oportunidad y por ello, no hay lugar a su amparo en este momento”.

EXPEDIENTE T- 1508373

3. Diana Marcela López Romero, presentó el día 25 de septiembre de 20069, acción de tutela en contra de Susalud EPS10, pues considera que esa entidad ha desconocido sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la especial protección de la maternidad al negarse a pagarle la licencia de maternidad por el nacimiento de su hijo ocurrido el 13 de mayo de 200611, al considerar que no cumple con el requisito de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el tiempo de la gestación (Decreto 47 de 2000, Art. 3 num. 2) dado que dejó de cotizar por un periodo de 30 días.

3.1. Afirma la accionante que pese a haber ingresado al sistema de seguridad social en salud

desde el 26 de marzo de 2004, en virtud de una vinculación laboral que terminó el 24 de octubre de 200512, no cotizó durante el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2005 y el 24 de noviembre de 2005, fecha en que inició su vinculación laboral con la Cooperativa de Trabajo Asociado – Associar, entidad que pago oportuna e ininterrumpidamente desde esa fecha las cotizaciones correspondientes a los días laborados.13

3.2. Señala la accionante en la demanda que es soltera; que depende económicamente de sus padres, cuyos ingresos son muy reducidos; y que como consecuencia de la enfermedad de su pequeña hija se vio obligada a renunciar a su trabajo, en donde devengaba un salario mínimo legal, por lo cual actualmente se encuentra desempleada.14

4. El juez de instancia (Juzgado Tercero Penal Municipal de Descongestión de Bogotá D.C.) decidió negar la acción de tutela, pues consideró que si bien de las pruebas aportadas al proceso se vislumbra la apremiante situación económica de la señora Diana Marcela López y de su pequeña hija, la cual compromete su mínimo vital, la accionante no cumplió con el requisito legal de haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el tiempo del embarazo, en tanto que se presentó una interrupción de un mes, comprendido entre el 25 de octubre de 2005 y el 24 de noviembre de 2005. Concluye el Juzgado Tercero que bajo las circunstancias descritas "la negativa de la entidad demandada a efectuar dicho pago, no vulnera los derechos fundamentales invocados en esta oportunidad y por ello, no hay lugar a su amparo en este momento".

Problema jurídico y consideraciones

5. La cuestión a resolver en el presente caso es si Ligia Sabogal Martínez (expediente T-1508372) y Diana Marcela López Romero (expediente T-1508373), tienen derecho a que se les pague la licencia de maternidad, y si la actuación de Cafesalud EPS y de Susalud EPS – respectivamente- vulneran sus derechos al mínimo vital de ellas y de sus pequeños hijos.

6. 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 (Art. 43 de la Constitución) y de garantizar los derechos fundamentales del recién nacido (Arts. 44 y 50 de la Constitución).15 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 que "el pago

de la licencia de maternidad, tal como sucede con el resto de acreencias laborales, sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se hayan 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".16

6.1 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 son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación17 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 derecho18 y que lo haya hecho de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho.19

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 EPS, el encargado de pagarle la licencia de maternidad a la trabajadora.20

6.1.1. Frente al segundo requisito mencionado, la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia,21 que aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, pero la EPS demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora.22

6.2. Al revisar los requisitos antes mencionados, exigidos en la legislación para el pago de la licencia de maternidad, frente a los casos objeto de revisión, se tiene que las accionantes no cumplen con el requisito legal consistente en haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

En efecto, en el expediente T-1508372 la gestación tardó 39 semanas y la accionante cotizó 29 semanas con anterioridad al parto. En este caso la señora Ligia Sabogal Martínez tenía un poco más de un mes de embarazo para cuando realizó su afiliación a Cafesalud E.P.S., en virtud de su ingreso a la empresa Inversierra e Hijos Ltda, el 22 de septiembre de 2005, si se

tiene en cuenta que, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el embarazo se inició aproximadamente en el mes de agosto de 2005.

Por su parte en el Expediente T-1508373, estando en curso su embarazo, la accionante dejó de cotizar durante 30 días, por el periodo comprendido entre el 24 de octubre del 2005 y el 25 de noviembre de 2005. Sin embargo, este hecho no es atribuible a su empleadora la señora María Fernanda del Valle quien la desafilió de Susalud E.P.S al término de la relación laboral el 24 de octubre de 2005, dado que el referido lapso sin cotización corresponde al tiempo que la accionante tardó en conseguir su nuevo trabajo con la Cooperativa de Trabajo Asociado ASSOCIAR, con la cual de vinculó a partir del 25 de noviembre de 2005.

En este caso, se debe tener en cuenta que el embarazo se inició aproximadamente en el mes de agosto, puesto que la fecha probable de parto era el 1° de junio de 200623, con lo cual se tiene que la gestación tardó 39 semanas de las 40 probables, dado que el parto se verificó el 13 de mayo de 2006 y por tanto la accionante cotizó 38 semanas durante el periodo de su gestación.

En el expediente T- 1508372, la empresa pagó las cotizaciones a partir del mes de octubre de 2005, con lo cual, a la fecha del parto – 13 de mayo de 2006 -, cotizó ininterrumpidamente un periodo de 8 meses.24

En el expediente T-1508373, las cotizaciones en forma continuas se registraron a partir del 25 de noviembre de 2005, durante los seis meses anteriores al nacimiento de su hijo, el cual se verificó el 13 de mayo de 2006.25

6.4. Por tal razón, atendiendo exclusivamente 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 10 semanas iniciales del embarazo por no encontrarse en ese momento afiliada a la EPS demandada (expediente T-1508372) o dejar de cotizar durante 30 días, por haberse interrumpido durante ese lapso el vínculo laboral de la accionante (expediente T-1508373), y desconocer además que se encontraban en estado de embarazo, han perdido las accionantes el derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad.

7. La Corte Constitucional ha sostenido que 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.26

Es así como en oportunidades anteriores, en los que la Corte ha constatado la afectación del mínimo vital de la trabajadora y de su hijo recién nacido, esta Corporación ha procedido a ordenar a la EPS a la que se encuentra afiliada, el pago de la licencia de maternidad correspondiente, a pesar de que la trabajadora no haya cotizado durante todo el tiempo del embarazo (Decreto 47 de 2000, Art. 3, Num. 2),27 dándole así 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 recién nacido.

8. Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada, en los casos de las señoras Ligia Sabogal Martínez (expediente T-1508372) y Diana Marcela López Romero (expediente T-1508372), se debe revisar si se presenta una vulneración a sus derechos al mínimo vital de ellas y de sus menores hijos por el no pago de la licencia de maternidad.

8.1. La Corte Constitucional ha señalado que 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 mínimo28 o cuando el salario es su única fuente de ingreso,29 y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor.30 Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

8.2. En el caso de la señora Ligia Sabogal Martínez (expediente T-1508372), se tiene que devenga mensualmente un salario mínimo, no cuenta con otra fuente de ingresos y señala que es madre cabeza de familia31. Estas afirmaciones de la accionante no fueron controvertidas por la entidad accionada, la que no obstante haber sido notificada en debida forma por el juzgado de conocimiento, no dio respuesta a la acción de tutela.

Adicionalmente, se encuentra probado en el expediente que es madre de un menor nacido el 13 de mayo de 2006, por lo cual para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (25 de septiembre de 2006) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hijo.

En relación con la acción de tutela presentada por la señora Diana Marcela López Romero (expediente T-1508373) se tiene que actualmente se encuentra desempleada, que en su anterior empleo devengaba mensualmente un salario mínimo y depende económicamente de

sus padres.32 Estas afirmaciones de la accionante no fueron controvertidas por la entidad accionada en el escrito de respuesta a la acción de tutela.

Así mismo, se encuentra probado en el expediente que la accionante es madre de una menor nacida el 13 de mayo de 2006, por lo cual para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (26 de septiembre de 2006) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija.

Dados estos hechos, se concluye que el no pago de la licencia de maternidad vulnera el mínimo vital de la señoras Ligia Sabogal Martínez y Diana Marcela López Romero y de sus pequeños hijos.

En estas condiciones, sería desproporcionado concluir que las accionantes han perdido su derecho, por no haber cotizado durante todo el periodo de la gestación. En el caso de la señora Ligia Sabogal Martínez por no cotizar durante 10 de las semanas de su embarazo, si se tiene en cuenta que ha estado afiliada a la EPS demandada desde agosto de 2001,33 y en el caso de la señora Diana Marcela López Romero, no cotizó durante 30 días, tiempo en el que estuvo sin empleo, pero venía afiliada a la EPS demandada desde marzo de 2004. Aunado a lo anterior se tiene que, salvo los mencionados lapsos de 10 semanas y 30 días, respectivamente, han pagado de manera continua las cotizaciones correspondientes.

De otro lado, se debe anotar que en los casos que se revisan, resultaba desproporcionado exigirle a las accionantes que durante las 10 semanas que no estuvo vinculada la señora Ligia Sabogal al sistema de seguridad social en salud o los 30 días que estuvo desafiliada la señora Diana Marcela López por estar sin empleo, se afiliaran al sistema de seguridad social como trabajadoras independientes, y pagaran la cotización correspondiente.34

Ahora bien, dado que en los casos objeto de análisis por parte de esta Sala el lapso de no cotización es distinto, en tanto que en expediente T-1508372 es de 10 semanas y en el T-1508373 es apenas de 30 días, la Sala considera que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad deberá ordenarse de una manera distinta en cada uno de ellos, a la luz de la jurisprudencia que ha proferido esta Corporación.

En efecto, si bien la Corte inicialmente había ordenado el pago de la licencia de maternidad cuando el lapso de no cotización era breve o irrisorio, entendido este como de un mes o

inferior a este tiempo de los nueve que usualmente dura el embarazo, (sentencias T-304 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, 790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), también ha ordenado dicho pago en periodos en los que la interrupción de los aportes ha sido por un tiempo superior, como el caso de la trabajadora independiente que dejó de cotizar un poco más de 5 semanas (sentencia T-034 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) o el de aquella que dejó de cotizar un mes y 29 días (sentencia T-906 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto).

En las Sentencias T-1243 de 2005 y en la T-034 de 2007, proferidas por esta Sala de Selección, atendidas las circunstancias especiales analizadas en cada caso, se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizaron durante el embarazo, a razón de 93.7% en el primero de los casos, en que el periodo dejado de cotizar fue de 17 días y de 85.1% en el segundo, en donde el lapso sin cotizar fue de 5.6 semanas.

No obstante la anterior posición jurisprudencial, dado que en la sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se ordenó el pago de la licencia de maternidad en proporción del 100% a una madre cabeza de familia que dejo de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, esta Sala valora y comparte los argumentos allí esgrimidos según los cuales 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 periodo de cotización debe ser igual al de la gestación. En consecuencia, en los casos objeto de estudio, esta Sala aplicará el precedente constitucional contenido en dicha sentencia.

Así entonces, en consideración a las circunstancias analizadas en el expediente T-1508372, en donde la accionante es madre cabeza de familia, ha estado afiliada al régimen contributivo de salud por más de cinco años; recibe un salario mensual equivalente al mínimo, con grave afectación de su mínimo vital y el de su menor hijo; ha dejado de cotizar por un periodo igual a 10 semanas, término que supera el mínimo de los dos meses establecidos en la sentencia T-053 de 2007 ya citada, se ordenará a Cafesalud EPS que, le pague a la señora Ligia Sabogal Martínez la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, de manera proporcional al tiempo que cotizo durante su embarazo.35

Por tales razones se ordenará a Cafesalud EPS que le pague a Ligia Sabogal Martínez, el 74.3% de la mencionada licencia de maternidad.36

De la misma forma, dadas las circunstancias presentes en el expediente T-1508373, en donde la accionante ha estado afiliada al régimen contributivo de salud por más de dos años; el periodo que ha dejado de cotizar es igual a 30 días – inferior al mínimo de los dos meses -, y se trata de una madre cabeza de familia desempleada que depende económicamente de sus padres, con grave afectación de su mínimo vital y el de su menor hija, se ordenará a Susalud EPS que, como se hizo en la sentencia T-053 de 2007 ya citada, pague a la señora Diana Marcela López Romero, la licencia de maternidad a que tiene derecho por el nacimiento de su menor hija, en proporción del 100%.

Por último, la Sala advierte que en ninguno de los dos casos, se aprecia que el pago de la licencia de maternidad de las accionantes genere un desequilibrio al sistema de seguridad social.

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.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C., dentro de los procesos de la referencia.

Segundo.- ORDENAR a Cafesalud EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Ligia Sabogal Martínez la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, en proporción al tiempo que cotizó durante el embarazo.

Tercero.- ORDENAR a Susalud EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Diana Marcela López Romero la licencia de maternidad reclamada correspondiente al nacimiento de su hija.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Tercero Penal

Municipal de Descongestión de Bogotá, D.C., notificará esta sentencia dentro del término de los cuatro días siguientes a su comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- 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 JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Mediante auto proferido el 19 de enero de 2007 por la Sala de Selección N° 1, fueron elegidos, para efectos de su revisión, los expedientes de la referencia y en el mismo auto se ordenó acumularlos entre sí por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia.

2 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) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

3 Para la fecha de presentación de la demanda de tutela, el menor tenía 4 meses de edad, dado que nació el 13 de mayo de 2006.

4 Cafesalud E.P.S. no dio respuesta alguna durante el trámite de la acción, pese haber sido notificada.

5 A folio 11 del expediente, reposa fotocopia del certificado del médico de la Clínica Juan N. Corpas Ltda., de fecha 14 de mayo de 2006, en el que consta que el embarazo tuvo una duración de 39 semanas. En el mismo documento se le otorga a la accionante una incapacidad a partir del 13 de mayo de 2006 hasta el 4 de agosto de 2006.

6 La accionante aporta fotocopia de la comunicación de fecha 12 de junio de 2006, en la que la EPS accionada niega al reconocimiento de la prestación económica solicitada por considerar que es la empresa y no la EPS la obligada a asumir el pago de los 84 días de la licencia de maternidad solicitada, toda vez que existe interrupción en los aportes y además por cuanto el tiempo de afiliación continuo fue inferior a las semanas de gestación. (fl.14)

7 A folio 12 del expediente, reposa fotocopia de la licencia por maternidad por 84 días contados a partir del 13 de mayo de 2005 y hasta el 4 de agosto de 2006, con una edad gestacional de 39 semanas, iniciada aproximadamente el 9 de agosto de 2005.

8 Afirma la accionante en la demanda que en el Empresa Inversierra e Hijos Ltda., ocupa el cargo de secretaria, mediante contrato laboral y devenga un salario de $408.000.oo y no cuenta con ninguna otra fuente de ingresos. (fl. 1).

9 Para la fecha de presentación de la demanda de tutela, el menor tenía 4 meses de edad, dado que nació el 13 de mayo de 2006.

10 En el escrito de respuesta a la acción de tutela (fl.20), la entidad accionada sostiene que no es posible reconocerle la licencia de maternidad solicitada por la accionante, toda vez que no se registraron cotizaciones en forma continua durante la gestación, al dejar de cotizar durante el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2005 y el 24 de noviembre de 2005 y las cotizaciones en forma continua se registraron a partir del 25 de noviembre de 2005. Por tanto considera improcedente la acción, en tanto que no existe vulneración de

derecho fundamental alguno por la entidad accionada.

11 A folio 9 del expediente, reposa fotocopia de la licencia de maternidad No.8746531, en la que consta que la fecha probable de parto era el 1° de junio de 2006, que el parto fue por cesárea de emergencia y que la fecha de inicio de la licencia fue el 13 de mayo de 2006 y la fecha final el 4 de agosto de 2006.

12 En virtud de la vinculación laboral mediante contrato a término fijo, que tuvo con su empleadora la señora María Fernanda del Valle Jimeno, desempeñándose como fisioterapeuta al cuidado de niños por el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 2004 y el 26 de octubre de 2005.

13 En declaración rendida ante el juzgado de conocimiento el día 3 de octubre de 2006, con el objeto de ampliar los hechos de la acción, la accionante sostiene que: "…después del 24 de octubre de 2005 me retiré e ingresé a trabajar con MARIA DEL PILAR GOMEZ cuidando un bebé, como ella me pagaba menos del mínimo empecé a hacer mis aportes por medio de la cooperativa Asociar, desde el 24 de octubre la señora MARIA FERNANDA me retiró de Susalud, un mes después el 25 de Noviembre de 2.005 hice mi ingreso nuevamente a Susalud por medio de la cooperativa Asociar…" (…) "…la solicitud de incapacidad que fue negada por Susalud aduciendo el no pago de ese mes, o sea la falta de continuidad en el pago de ese mes (24 de octubre a 25 de noviembre)…" (Fl.18).

14 En declaración rendida por la accionante ante el Juzgado de conocimiento, manifiesta sobre el particular lo siguiente: "… yo me tuve que retirar de trabajar por que a los 17 días de nacida mi hija la hospitalizaron con un diagnóstico de hipertensión pulmonar severo, a los 12 días salió de la clínica con oxígeno domiciliario y hospitalización en casa, a los 5 días volvió a ingresa al hospital con un nuevo diagnóstico de reflujo gastro esofágico severo, a los 11 días salió de la clínica nuevamente con oxígeno y con hospitalización en casa , donde no permitía movilizarme a otras partes, se cumplió el tiempo legal de incapacidad por maternidad y mi hija no se había recuperado totalmente, por ese motivo tuve que renunciar a mi trabajo y pues en este momento no tengo una entrada para mi subsistencia…"

15 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 (…)".

16 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-270 de 1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-662 de 1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz), T-365 de 1999 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-558 de 1999 (MP: Fabio Morón Díaz), T-805 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz), T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-706 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-765 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-950 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-978 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-1081 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-1090 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-157 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-158 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-159 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-160 de 2001 (MP: Fabio Morón Díaz), T-694 de 2001 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-736 de 2001 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-1002 de 2001 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-707 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-885 de 2002 (MP: 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 ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela, por no haber encontrado que se estuviere vulnerando el mínimo vital de la accionante, por el no pago de la mencionada licencia. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-568 de 1996 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-466 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-774 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-776 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-884 de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-914 de 2000 (MP:

Alejandro Martínez Caballero), 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).

17 Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2.

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

20 Decreto 047 de 2000, Art. 3: "Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(…)

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".

Al respecto, ver también el inciso 2 del numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y las sentencias T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1298 de 2005 (MP: Clara Inés Vargas Hernández) y T-304 de 2004 (MP: Jaime Araújo Rentería).

21 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).

22 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 rechazo el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencia 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).

23 Ver fotocopia de la incapacidad obrante a folio 9 del expediente.

24 A folios 17 a 26 del expediente reposan fotocopias del formulario de pago de aportes a Cafesalud EPS, realizados por la empresa a la cual se encuentra vinculada la accionante, mes por mes, a partir del 11 de octubre de 2005 y hasta el 11 de julio de 2006, de los cuales se verifica que a la fecha del parto, 13 de mayo de 2006, la accionante había cotizado ininterrumpidamente por un periodo de 8 meses.

25 A folios 11 a 13, reposa fotocopia de los recibos de caja correspondientes a los pagos efectuados a Susalud por la Cooperativa ASSOCIAR, durante los meses de noviembre y diciembre de 2005, enero, febrero marzo, abril, junio, julio y agosto de 2006.

26 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz): "(…) la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel "no puede considerarse como un derecho de carácter legal y, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño". Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención". (Los pies de página contenidos en esta cita fueron omitidos).

27 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-906 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2006

(MP: Jaime Córdoba Triviño), T-674 de 2006 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-640 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-598 de 2006 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-461 de 2006 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-408 de 2006 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1298 de 2005 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-1243 de 2005 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), T-1205 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), T-549 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), T-1155 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-931 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

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 MP: Jaime Araújo Rentería), (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 MP: Jaime Córdoba Triviño, T-549 de 2005 MP: Jaime Araújo Rentería y T-1155 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra), (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 MP: Manuel José Cepeda Espinosa), (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 MP: Manuel José Cepeda Espinosa), (v) la cotizante cambió de empleo y de empleador y dicho cambio no ocurrió de manera inmediata (T-728 de 2006 MP: Jaime Córdoba Triviño, T-790 de 2005 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003 MP: Clara Inés Vargas Hernández) 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 MP: Humberto Antonio Sierra Porto, T-461 de 2006 MP: Álvaro Tafur Galvis, T-674 de 2006 MP: Clara Inés Vargas Hernández y T-598 de 2006 MP: Álvaro Tafur Galvis).

28Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-906 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-520 de 2006 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), 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).

29 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-947 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería), 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).

30 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 protección. 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).

31 En el escrito de la tutela la accionante afirma que como consecuencia del no pago de la licencia de maternidad "…me he quedado sin ingresos para mi sustento y el de mi hijo recién nacido, teniendo que adquirir deudas a altas tasas de interés por no tener solvencia para el pago de mis necesidades básicas."

32 En el escrito de la tutela la accionante sostiene que depende económicamente de sus padres "…mi padre trabaja en construcción y mi madre cuida una señora, con estos ingresos también se cubren los gastos de arriendo, servicios públicos, alimentación para todos y todos los demás gastos que genera una familia."

33 En la comunicación de fecha junio 12 de 2006, suscrita por la EPS accionada obrante a folio 14 del expediente, Cafesalud señala a la empresa Inversierra e Hijos Ltda., como razones para el no reconocimiento de la licencia de maternidad, la interrupción durante el periodo de la gestación, la cual se presenta en la medida en que la primera cotización se efectuó a partir del 1° de agosto de 2001 hasta el 28 de febrero de 2005, con 187 semanas continuas de cotización, al servicio de la firma CIA SERV VIGIL PRIVADA PORTILLA PORTILLA, y

del 22 de octubre de 2005 al 13 de mayo de 2006 (fecha del parto) con 29 semanas de cotización continuas de las 39 semanas de gestación, al servicio de Inversierra e Hijos Ltda.

34 De acuerdo con el artículo 66 del Decreto 806 de 1998, la cotización en salud de los trabajadores independientes no podrá ser inferior al 12% del equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

35 En las sentencias T-598 de 2006 (MP: Álvaro Tafur Galvis) y T-1243 de 2005 y T-034 de 2005 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional ordenó a las EPS demandadas que pagaran a las accionantes la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizaron durante el embarazo.

36 Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la señora Ligia Sabogal cotizó 29 semanas al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante las 39 semanas de gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante el embarazo, es proporcional que la accionante reciba el 74.3% de la licencia de maternidad.