

Sentencia T-223-09

(Marzo 27, Bogotá DC)

Referencia: Expedientes T-2.095.198 y T-2.101.288.

Accionantes: Catya Luz Julio Venecia y Ximena Beltrán Matiz.

Accionados: Salud Total EPS y Colmédica EPS.

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del 26 de junio de 2008 del Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena - sin impugnación - (T-2.095.198). Sentencia del 25 de septiembre de 2008 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio - sin impugnación - (T-2.101.288).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Cristina Pardo Schlesinger (E) y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Derechos fundamentales invocados: Las accionantes consideran vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social en salud y la vida digna.

1.2. Hecho vulnerante: negación del pago de la licencia de maternidad por parte de las EPS accionadas.

1.3. Pretensión: ordenar a las EPS accionadas cancelar la totalidad del valor correspondiente a la licencia de maternidad.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Expediente T-2.095.198: Salud Total EPS.

La Gerente de Salud Total sucursal Cartagena, respondió la demanda solicitando declarar

la improcedencia de la acción de tutela teniendo en cuenta, lo siguiente:

- La señora Catya Luz Julio Venecia presenta afiliación al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud desde el día 24 de julio de 2007, en calidad de cotizante independiente y en la actualidad se encuentra suspendida por no realizar aportes al sistema de seguridad social desde el mes de abril de 2008¹.

- Hasta la fecha de contestación de la demanda, la actora había cotizado 34 semanas y para el nacimiento de su hijo tenía 23.8 semanas de cotización de las 37 de gestación².

- El embarazo de la señora Catya Luz se inició antes de la fecha en que esta se afiliara a la EPS. Como se indicó antes, la fecha de afiliación de la accionante fue el 24 de julio de 2007 y el nacimiento del hijo se produjo el 18 de diciembre de 2007, es decir, se afilió cuando tenía 3 meses de embarazo aproximadamente³.

- En este caso no se puede alegar que el empleador haya dejado de pagar los aportes de la usuaria, puesto que ella cotizaba como independiente así que fue negligencia de ella haberse afiliado a la EPS 3 meses después de quedar embarazada, a sabiendas que ese era un motivo para no poder acceder legalmente a su licencia de maternidad⁴.

- La representante de la EPS indica que “el período de gestación del menor hijo nacido el 18 de diciembre de 2007 fue de 37 semanas (259 días), siendo este tiempo menor al número de semanas cotizadas de manera ininterrumpida al Sistema durante el embarazo, lo anterior teniendo en cuenta los pagos efectuados como independiente, los cuales se realizaron de la siguiente manera:

Fecha de pago

Días cotizados

07/2007

30 días

08/2007

30 días

09/2007

30 días

10/2007

30 días

11/2007

30 días

12/2007

17 días

Total días cotizados: 167 días/7 =23.8 semanas." 5

3. Expediente T-2.101.288: Colmédica EPS.

En el presente caso, la entidad accionada no se pronunció dentro del término otorgado por el juez de conocimiento: Sin embargo, el 29 de septiembre de 2008, la Directora de la Oficina de Colmédica en Villavicencio respondió la demanda solicitando se deniegue la acción interpuesta por la señora Ximena Beltrán Matiz, dado que: (i) la accionante no cotizó durante todo el período de gestación, por lo cual le fue negada la licencia de maternidad, esto debido a que el período de gestación fue de 280 días y la cotización al sistema de 180 días; y (ii) el último pago realizado por la accionante corresponde al mes de julio del 2007.

4. Hechos relevantes y medios de prueba.

4.1. Expediente T-2.095.198:6

4.1.1. La señora Catya Luz Julio Venecia de 35 años de edad,7 adjuntó la historia clínica del día 30 de noviembre de 2007 en la cual el Dr. Augusto Antonio Redondo Pérez especialista en Ginecología y Obstetricia, señaló un embarazo en el tercer

trimestre, de 36 semanas de gestación⁸ y “el cual cursa dentro de límites normales.”⁹

4.1.2. La accionante adjuntó recibos de pago de las cotizaciones de los meses de julio,¹⁰ agosto,¹¹ septiembre,¹² octubre,¹³ noviembre¹⁴ y diciembre¹⁵ de 2007, enero¹⁶, febrero¹⁷ y marzo¹⁸ de 2008.

4.1.3. El 10 de diciembre de 2007, Salud Total emitió una orden de servicios para “cx-cirugía hospitalaria-parto normal incluye episiorrafía y/o perineorrafía (...).”

4.2. Caso T-2.101.288:19

4.2.1. La señora Ximena Beltrán Matiz de 32 años de edad,²⁰ adjuntó certificado de nacido vivo de su hijo menor, al cual dio a luz el 23 de marzo de 2008²¹, motivo por el cual, el 24 de marzo de 2008 le fue expedida licencia de maternidad por 84 días²².

4.2.2. La solicitud del pago de la licencia de maternidad, le fue negada a la accionante el 16 de abril de 2008, con base en que las semanas cotizadas no fueron suficientes para beneficiarse con la licencia²³.

4.2.3. El 24 de julio de 2008, la actora interpuso derecho de petición en el cual solicita a la EPS Colmédica dar trámite de autorización para el pago de la licencia de maternidad a la que ella y su hijo tienen derecho y la cual fue negada aduciendo causas que violan sus derechos fundamentales²⁴.

4.2.4. El 1º de agosto de 2008, la EPS respondió el derecho de petición relacionando los pagos efectuados por la señora Ximena Beltrán Matiz, así:

Periodo

Planilla

Empleador

IBC

Días Cotizados

01/10/2007

11362158

830108940

434.000

30

01/11/2007

11423570

830108940

434.000

30

01/12/2007

11363722

830108940

30

01/01/2008

11363725

830108940

461.500

30

01/02/2008

11432120

830108940

461.500

30

01/03/2008

11424551

830108940

461.500

30

Total días cotizados

180

Por lo anterior, la EPS concluyó que la usuaria no cumplía con el tiempo mínimo de cotización para el reconocimiento de la licencia de maternidad.²⁵

5. Decisiones de tutela objeto de revisión.

5.1. Caso T-2.095.198: Sentencia del 26 de junio de 2008 del Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena -no impugnada-.

5.1.1. El juez de instancia decidió negar el amparo impetrado por la señora Catya Luz Julio Venecia, considerando que:

“ (...) de las pruebas aportadas a la actuación se desprende que la accionante se afilió el día 24 de julio de 2007, es decir ya conocía su estado de embarazo y por tal razón jamás podía reunir los requisitos legales para efectos de que le sea reconocida la prestación

económica de la licencia de maternidad.

Como bien lo expresó la EPS SALUD TOTAL accionada en este asunto y así quedó sentado en los anteriores argumentos, la accionante no cumple con los requisitos legales para que se le pague la licencia de maternidad y como quiera que la negativa a su reconocimiento encuentra apoyo en la ley, este negará el amparo Constitucional solicitado por la señora Catya Luz Julio Venecia.”

5.2. Caso T-2.101.288: Sentencia del 25 de septiembre de 2008 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio - no impugnada -.

El juez de instancia deniega la tutela de la Sra. Ximena Beltrán Matiz, teniendo en cuenta tres situaciones a saber: (i) que si bien la accionante estuvo vinculada a la EPS Colmédica en calidad de cotizante desde el mes de octubre de 2007, presuntamente a la fecha ya no lo es, pues no presenta carné de cotizante; además según lo señalado en la respuesta al derecho de petición presentado por la accionante, ésta cotizó sólo 6 meses de los 9 meses que debe cotizar para tener derecho a la licencia de maternidad; ii) si bien es cierto que el ingreso base de cotización de la actora es un salario mínimo, como se evidencia en la respuesta al derecho de petición, la actora en el escrito de tutela no indica si es su único medio de ingreso, si es madre cabeza de familia, si en la actualidad esta laborando o no, en conclusión no demostró la violación a su mínimo vital; y por último (iii) de las pruebas aportadas se evidencia que el nacimiento de la menor fue el 23 de marzo de 2008, así que para la fecha de presentación de la acción de tutela han transcurrido 6 meses, lo que demuestra que no existe el principio de la inmediatez en la presente demanda.

De todo lo anterior concluye el juez “(...) no estamos frente a la violación del derecho al mínimo vital, sino a un asunto económico donde el juez de tutela no tiene alcance dentro de sus funciones, ya que este caso pertenecería a la jurisdicción laboral.”

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala Quinta es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en la Constitución Política - artículos 86 y 241.9 -, desarrollada en los artículos 33 a 36 del

Decreto 2591 de 1991, y de conformidad con el reparto realizado mediante auto de selección del 18 de noviembre de 2008.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico.

2.1. Corresponde a esta Sala determinar si las EPS accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social en salud y a la vida digna de las accionantes y sus menores hijos, al negarles el pago de la licencia de maternidad, sobre la base de no haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación.

2.2. Con tal fin, la Sala estudiará los temas relativos a: (i) la relevancia constitucional del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; (ii) los requisitos legales para el pago de la licencia de maternidad y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento; (iii) los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que proceda el pago de la licencia de maternidad mediante acción de tutela; y finalmente se resolverán los casos concretos.

3. Consideraciones generales.

3.1. Relevancia constitucional del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

3.1.1. De conformidad con la Carta Política, la mujer, durante el embarazo y después del parto, debe gozar de especial asistencia y protección del Estado, según lo establece el artículo 43 constitucional. Igualmente, según el artículo 93 de la Constitución, la protección especial para la mujer – que consagra el texto constitucional – debe ser interpretada conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Tal es el caso de los tratados que protegen los derechos de la mujer y del niño, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶ establece el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres

durante un período razonable, antes y después del parto, así como el deber, respecto de las madres trabajadoras, de concederles licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social²⁷. En el mismo sentido, el literal b) del numeral 2° del artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer²⁸, establece que: “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: (...) 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”.

3.1.3. En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”²⁹, consagra en su artículo 9 el derecho a la seguridad social y establece que “2. Cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio de jubilación en casos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

3.1.4. La Convención Internacional sobre los derechos del niño³⁰ señala que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres³¹.

3.2. Requisitos legales para ser beneficiario del pago de la licencia de maternidad.

3.2.1. La normatividad proferida en relación con licencias de maternidad parte del Código Sustantivo del Trabajo, que establece:

“ART. 236.—Subrogado. L. 50/90, art. 34. Descanso remunerado en la época del parto. 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 entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de 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 los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

b) La indicación del día probable del parto, y

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 capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de 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.”

3.2.2. El artículo 207 de la Ley 100 de 1993, indicó que las licencias de maternidad estaban a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, financiada en todos los casos por el Fosyga como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, pero también compensada:

“ARTICULO 207. De las Licencias por Maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 15732, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación, UPC.”

3.2.3. Actualmente, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tiene la competencia para regular el sistema para reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, esto, hasta que sea instituida la Comisión de Regulación en Salud, figura creada por la Ley 1122 de 200733. En aras de su competencia, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha expedido las siguientes reglamentaciones: (i) Acuerdo No 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; (ii) Acuerdo No. 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; (iii) Acuerdo No. 38 de 1996 mediante el cual se definió el monto de las cotizaciones destinado a pagar las licencias de maternidad; (iv) Acuerdos 84 de 1997, 159 de 1999, 161 de 2000, 186 de 2000 y 218 de 2001, mediante los cuales se reiteró que la financiación de las licencias de maternidad estaba a cargo del Fosyga, específicamente de la subcuenta de compensación.

3.2.4. El Decreto 806 de 1998, cual definió las siguientes reglas: (i) cuando el empleador incurra en mora en el pago de los aportes deberá asumir directamente el pago de la licencia de maternidad; (ii) es requisito para acceder a la licencia de maternidad haber cotizado, como mínimo por un período igual al de la gestación; (iii) durante la licencia de maternidad el IBC se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica.

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

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

maternidad; (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades. El Decreto 047 de 2000, ratificó las exigencias para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en cuanto haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el período de gestación.

3.2.7. En la Sentencia T-1223 de 2008,³⁴ la Corte, luego de estudiar las normas a las que se hizo referencia anteriormente, concretó los requisitos de orden legal para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, así:

“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.”

Los requisitos mencionados en la providencia anterior aplican, tanto para las mujeres que cotizan en calidad de trabajadoras dependientes como independientes. Las EPS respectivas tienen a su cargo el pago de la licencia de maternidad, no obstante su financiación incumbe al Fondo de Solidaridad y Garantía, el cual compensa cada una de las licencias con recursos de la subcuenta de compensación, siempre y cuando éstas cumplan con el lleno de los requisitos.

3.2.8. En este punto es conveniente distinguir además, las consecuencias que genera el no pago de las licencias de maternidad cuando se trata de una trabajadora dependiente y una independiente. En primer lugar, refiriéndonos al caso de las trabajadoras dependientes, dado que el empleador es el encargado de pagar la seguridad social en salud, en las fechas señaladas por la entidad, de ser negada la licencia por pago interrumpido, dicha prestación correrá a cargo del empleador. En segundo lugar, en

tratándose de las trabajadoras independientes, en principio no existe otra alternativa que perder el derecho al pago de la prestación. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que por vía de tutela y cumplidos ciertos requisitos jurisprudenciales, es viable que a las mujeres a quienes les fue negada la licencia de maternidad por falta de cumplimiento de las exigencias normativas a las que se hizo referencia anteriormente, obtengan el pago de la licencia de maternidad. En esos casos, le ha dado aplicación prevalente a los artículos 43, 44, 50 y 53 de la C.P, en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

3.3. Requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que proceda el pago de la licencia de maternidad mediante acción de tutela.

3.3.1. La Corte Constitucional³⁵ ha señalado que la cotización interrumpida al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación, no puede exigirse haciendo abstracción de las circunstancias en que se encuentran la madre y el recién nacido, en razón a la protección especial que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto, así como para los menores. En este sentido, el juez constitucional deberá analizar si la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y si existe una vulneración del mínimo vital, para de acuerdo con esto proteger los derechos fundamentales de la mujer y del menor.

3.3.2. En cuanto al requisito que impone que las trabajadoras independientes o el empleador de las dependientes, hayan pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, esta Corporación,³⁶ ha establecido que aun cuando el empleador o la trabajadora independiente hayan pagado de manera tardía las cotizaciones en salud, pero la EPS demandada no haya requerido al cotizante para que lo hiciera o hubiese aceptado el pago extemporáneo sin objeción alguna, se entenderá que la entidad accionada se “allanó a la mora” del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer.³⁷

3.3.3. Un requisito final para hacer procedente la acción de tutela es que en el caso concreto se presente una vulneración del mínimo vital de la accionante y el de su hijo recién

nacido, debido al no pago de la licencia. En cuanto a esta premisa, existe una presunción de afectación en el mínimo vital que se da cuando la madre devenga un salario mínimo³⁸, o cuando el salario es su única fuente de ingreso³⁹ y no ha transcurrido más de un año entre el nacimiento del menor y la presentación de la demanda de tutela⁴⁰. Dicha presunción puede ser desvirtuada por la EPS o al empleador, según sea el caso.

3.3.4. La regla jurisprudencial que se ha venido aplicando en la Corte Constitucional para ordenar el pago total o proporcional de la licencia de maternidad es la siguiente: si a la madre le faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago total de la licencia de maternidad, si faltaron por cotizar más de dos meses (2) del período de gestación se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que efectivamente se cotizó.

4. Análisis de los casos concretos.

4.1. Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales a los que se hizo referencia anteriormente y de acuerdo con los hechos, pruebas y jurisprudencia reseñada, esta Sala entra a determinar si las EPS accionadas han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social en salud y a la vida de la señora Catya Luz Julio Venecia y su hijo en el caso del expediente T-2.095.198 y de la señora Ximena Beltrán Matiz y su hija en el caso del expediente T-2.101.288, al negarse a cancelar las licencias de maternidad bajo el argumento de que no se cumplieron los requisitos normativos correspondientes a cotizar ininterrumpidamente durante la totalidad de los respectivos períodos de gestación de las accionantes.

4.2. En relación con el caso T-2.095.198, en el expediente no se encuentra prueba de la fecha de nacimiento del menor, ni siquiera la accionante menciona el día del nacimiento; sin embargo, en la contestación de la demanda, la entidad accionada menciona como fecha de nacimiento del menor el 18 de diciembre de 2007 con 37 semanas de gestación⁴¹ y según afirmación de Salud Total EPS, la accionante cotizó 23.8 semanas de las 37 de gestación⁴², es decir, dejó de cotizar 14 semanas aproximadamente, por lo que se trata de uno de esos casos donde procedería el pago proporcional de la

licencia por maternidad.

4.3. En lo que corresponde al caso del expediente T-2.101.288, encuentra la Sala que de acuerdo con el registro civil de nacimiento, la menor Mayed Sofía Cifuentes Beltrán nació el 23 de marzo de 2008⁴³. En cuanto a las semanas de gestación y las cotizadas, la EPS Colmédica manifestó que la accionante cotizó 180 días de los 280 que tuvo de gestación, es decir que cotizó 25.7 semanas de las 40 de gestación, por ende dejó de cotizar 14 semanas aproximadamente, por lo que, en este caso, igual que en el anterior, es procedente el pago proporcional a las semanas cotizadas por la accionante.

4.4. Por otra parte, y en relación con el segundo requisito expuesto, la Corte Constitucional ha sostenido que se presume la amenaza al mínimo vital de la madre y del recién nacido con el no pago de la licencia de maternidad, cuando la madre gestante o lactante devenga un salario mínimo⁴⁴ o cuando el salario es su única fuente de ingreso⁴⁵, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor para interponer la solicitud ante la entidad obligada, sin perjuicio de que la EPS o al empleador desvirtúen dicha presunción⁴⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, en el expediente T-2.095.198 aparecen los formularios de autoliquidación de aportes de la señora Catya Luz Julio Venecia a la EPS Salud Total⁴⁷, en calidad de trabajadora independiente, de donde se prueba que el ingreso base de cotización de los aportes era de un (1) salario mínimo, siendo procedente la aplicación de la presunción mencionada. A su vez, la accionada no la desvirtuó ni probó la no afectación al mínimo vital. Por otro lado, en el caso del expediente T-2.101.288, en la respuesta del derecho de petición presentado por la accionante, la EPS Colmédica relaciona el periodo de cotizaciones de la accionante y en la misma relación menciona el IBC por valor de \$434.000 (salario mínimo del año 2007), así que, al igual que en el caso anterior, se hace presente la figura de la presunción de vulneración el mínimo vital de la accionante, lo cual, tampoco fue desvirtuado por la entidad accionada. En esta medida, dicha prestación le permitirá a las demandantes cubrir las necesidades que se derivan de su condición actual de maternidad y los requerimientos del sostenimiento de sus hijos y, de esta manera, garantizar su derecho a un ingreso mínimo vital que les permita proveerse de lo necesario para subsistir.

4.5. En conclusión, para la Sala, es indudable que en los casos objeto de revisión, se

cumplen plenamente con los requisitos exigidos en materia de licencia por maternidad por la jurisprudencia de esta Corporación, por tanto los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social en salud y la vida digna de las accionantes y de sus respectivos hijos, están siendo vulnerados por parte de las entidades accionadas, al negarse autorizar el pago de las licencias en cada caso. En consecuencia, la Sala concederá los amparos solicitados, ordenando a las respectivas entidades, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo hubieren hecho paguen a las accionantes en los montos debidos, las licencias por maternidad a las que tienen derecho.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia del 26 de junio de 2008 del Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Catya Luz Julio Venecia -expediente T-2.095.198-. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta Sentencia, el amparo a los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS Salud Total, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la señora Catya Luz Julio Venecia, la licencia por maternidad de manera proporcional a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

TERCERO.- REVOCAR la Sentencia del 25 de septiembre de 2008 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora Ximena Beltrán Matiz -expediente T-2.101.288-. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta Sentencia, el amparo a los derechos fundamentales invocados.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS Salud Total, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague a la señora Ximena Beltrán Matiz, la licencia por maternidad de manera

proporcional a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrada (E)

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 24 del cuaderno 1.

2 Ibídem.

3 Ibídem.

4 Ibídem.

5 Ver folio 26 del cuaderno 1.

6 Acción de tutela presentada el 13 de junio de 2008.

7 En el folio 10 del cuaderno 1 se encuentra copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

8 Ver folio 7 del cuaderno 1.

9 Ver folio 6 del cuaderno 1.

11 Ver folio 17 del cuaderno 1.

12 Ver folio 16 del cuaderno 1.

13 Ver folio 15 del cuaderno 1.

14 Ver folio 14 del cuaderno 1.

15 Ver folio 13 del cuaderno 1.

16 Ver folio 12 del cuaderno 1.

17 Ver folio 11 del cuaderno 1.

18 Ibídem.

19 Acción de tutela presentada el 11 de septiembre de 2008.

20 En el folio 13 del cuaderno 1 se encuentra copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

21 Ver folio 12 del cuaderno 1.

22 Ver folio 11 del cuaderno 1.

23 Ver folio 10 del cuaderno 1.

24 Ver folios 5 y 6 del cuaderno 1.

25 Ver folios 7 y 8 del cuaderno 1.

26 Incorporado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 74 de 1968.

27 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10(2).

28 Incorporado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 51 de 1981.

29 Incorporado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 319 de 1996.

30 Colombia es Estado Parte de la Convención sobre los derechos del niño desde el 28 de enero de 1991. Esta convención fue incorporada al derecho interno colombiano mediante la Ley 12 de 1991.

31 Convención sobre los derechos del niño, artículo 24(2)(d).

32 Ley 100 de 1993. ARTICULO 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...): A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud: 1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley. 2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus Subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

33 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.”

34 M.P.Manuel José Cepeda Espinoza.

35 En la sentencia T-034 de 2007, esta corporación sostuvo: “(...) cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y del recién nacido por el no pago de la licencia de maternidad, éste deja de ser un derecho de carácter legal y se torna en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela.”

36 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, T-838 de 2006, T-640 de 2004, T-605 de 2004, T-390 de 2004, T-885 de 2002.

37 La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 y T-838 de 2006 y T-664 de 2002 .

38 Sentencias T-707 de 2002 y T-158 de 2001.

39 Ver entre otras, las sentencias T-641 de 2004, T-1013 de 2002.

40 Sentencia T-999 de 2003: “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 y T-605 de 2004.

42 Ver folios 24 y 25 del cuaderno 1.

43 Ver folio 12 del cuaderno 1.

44 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-707 de 2002, T-158 de 2001, T-1081

de 2000 y T-241 de 2000.

45 Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-641 de 2004, T-1013 de 2002, T-365 de 1999 y T-210 de 1999.

46 Sentencia T-091/05.

47 Ver folios 11 al 18 del cuaderno 1.