

Sentencia T-298/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-La falta de cotizaciones durante el periodo de gestación y el pago extemporáneo de aportes no autoriza rehusar su pago

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Excepción a la regla de cotizar durante todo el tiempo de gestación/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago aunque cotización se interrumpió un mes

En relación con el requisito consistente en cotizar durante todo el tiempo de gestación, en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido, no puede valorarse de conformidad con el texto de la norma. Al contrario, debe ponderarse el tiempo cotizado con el faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido. En consecuencia, esto excluye aquellas situaciones en las cuales el tiempo cotizado y el tiempo restante no guarden la relación expuesta. En el caso objeto de estudio a la señora sólo le faltó un mes de cotización durante el período de gestación. Entonces, puede concluirse, que en esta oportunidad el tiempo faltante de cotización no puede generar la pérdida del derecho prestacional derivado de la protección constitucional a la maternidad, toda vez que con ello se estarían vulnerando los derechos fundamentales invocados por la actora.

Referencia: expediente T-1502760

Acción de tutela instaurada por Yenis María Feria Sequeda contra COOMEVA EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis 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 Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena y por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, dentro del proceso iniciado por la señora Yenis María Feria Sequeda contra COOMEVA EPS

### I. ANTECEDENTES

La señora Yenis María Feria Sequeda interpone acción de tutela contra la Empresa Promotora de Salud COOMEVA - Seccional Bolívar, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la protección de la maternidad y a los derechos de los niños, ante la negativa de ésta a pagarle la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, según el cual para tener derecho al pago de la licencia, se requiere haber cotizado interrumpidamente al sistema durante todo el periodo de gestación.

### HECHOS

1.- La señora Yenis Maria Feria Sequeda manifiesta que esta afiliada a COOMEVA EPS y que realizó el pago de sus aportes durante todo el periodo de gestación. Así mismo, informa que el día 1 de noviembre de 2005 nació su hijo.

2.- Señala que solicitó a COOMEVA EPS el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, la cual mediante oficio del 1 de abril de 2006 le comunicó que no tenía derecho, pues realizó pagos extemporáneos y no cotizó durante todo el tiempo de gestación.

3.- En virtud de lo anterior, interpone acción de tutela con el fin de que se ordene a COOMEVA EPS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que le corresponde,

toda vez que considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la protección de la maternidad y a los derechos de los niños.

Pruebas aportadas al proceso.

4.- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Yenis María Feria Sequeda.

- Copia del Certificado de Nacido Vivo y del Registro Civil de Nacimiento del niño Kevin Elías Tovar Feria.

- Copia del Formulario Único de afiliación No. 7310028, a la EPS COOMEVA, suscrito por la señora Yenis María Feria Sequeda.

- Copia del certificado de incapacidad o licencia de maternidad expedido a la señora Yenis María Feria Sequeda.

“\* Se debe cotizar ininterrumpidamente al Sistema durante el periodo de gestación (Decreto 047 de 2000 art 3 No 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 periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas.”

En este orden de ideas, y en cumplimiento de la normatividad vigente para el reconocimiento de prestaciones económicas la licencia de maternidad que le fue expedida en certificado No 4040056171, no puede ser objeto de cruce ante la Entidad Promotora de Salud, ya que usted no cotizó todo su periodo de gestación de forma completa e ininterrumpida.”

- Copia del carné que acredita a la señora Yenis María Feria Sequeda como afiliada a COOMEVA EPS.

- Copia de los formularios de autoliquidación de aportes pagados por la señora Yenis María Feria Sequeda desde el mes de mayo de 2005 hasta el mes de junio de 2006.

Intervención de la entidad demandada.

5.- El Director de la Oficina de COOMEVA EPS S.A. – Seccional Cartagena, manifestó que la solicitud de amparo presentada por la señora Feria Sequeda por la presunta violación de sus derechos fundamentales no es viable, toda vez que ésta se afilió a la EPS desde el día 14 de abril de 2005, fecha en la que presentaba un mes de embarazo. Igualmente, señaló que el parto tuvo lugar el 2 de noviembre de 2005.

Además, alegó que este caso puede considerarse como un hecho superado teniendo en cuenta que el término para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se encuentra vencido.

“Esto la Corte Constitucional, lo establece como HECHO CONSUMADO, no susceptible de amparo. La Divergencia por estos conceptos deberá adelantarlas ante otra instancia judicial, distinta de la acción de tutela, tal y como lo establece el Decreto 2591 de 1991 artículo 10, que establece que cuando exista otro mecanismo de defensa es improcedente la acción de Tutela.”

En consideración a los argumentos expuestos, solicita declarar improcedente la solicitud de amparo.

Decisiones objeto de revisión

Primera Instancia

6.- En providencia del 30 de agosto de 2006 el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena decidió denegar la solicitud de amparo, por cuanto consideró que se vulneró el principio de inmediatez y de subsidiariedad, toda vez que la solicitud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se presentó luego de transcurridos seis meses de su vencimiento.

Impugnación.

7.- La señora Yenis María Feria Sequeda manifestó que impugnada la decisión del a-quo.

Segunda instancia.

8.- El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, mediante fallo del 10 de octubre de 2006 resolvió confirmar la decisión del a-quo, tras reiterar la falta de inmediatez en la

solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Revisión por la Corte Constitucional

9.- Remitido el expediente a esta Corte, mediante auto del diecinueve (19) de enero de 2007, la Sala de Selección correspondiente dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problema jurídico a resolver.

2.- La señora Yenis María Feria Sequeda dio a luz a su hijo el día 1 de noviembre de 2005. Luego de otorgada la incapacidad le solicitó a COOMEVA EPS el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, la cual fue negada por la entidad tras argumentar que la demandante no cotizó durante todo el periodo de gestación.

Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la protección a la maternidad y a los derechos de los niños por parte de COOMEVA EPS, en consecuencia solicita que se ordene el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

3.- La Sala de Revisión debe determinar en esta oportunidad si una Entidad Promotora de Salud vulnera los derechos fundamentales de sus afiliadas y de sus hijos menores por no reconocer la prestación legal de licencia de maternidad de las mismas, con fundamento en la mora en el pago de los aportes y en la ausencia de cotización ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- durante una parte del periodo de gestación.

4.- Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un examen que comprende diversos temas ya tratados reiteradamente por las distintas Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, tales como (i) el alcance de la protección constitucional a

la maternidad, (ii) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y (iii) la figura del allanamiento a la mora. Por último, la Sala resolverá el caso concreto.

Alcance de la protección constitucional a la maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

5.- En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de este Tribunal ha resaltado la importancia de la protección efectiva de la maternidad, como quiera que los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política reconocen a la mujer embarazada un cúmulo de derechos que exigen de las autoridades y de los particulares respeto por su dignidad. De esta manera, una manifestación expresa de ésta protección es el reconocimiento normativo de la licencia de maternidad, la cual comprende los derechos a la vacancia laboral y al pago de una prestación económica que tiene como fin garantizarle a la mujer el tiempo y los medios necesarios para proveer el cuidado suyo y el de su hijo<sup>1</sup>.

Así, en sentencia T-838 de 2006, entre otras, se ha sistematizado el alcance de dicha garantía. Se sostuvo en dicho fallo que la Constitución Política de Colombia reconoce en su artículo 43 el derecho de la mujer a recibir especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Y, en la legislación ordinaria esta cláusula ha sido desarrollada en las disposiciones que regulan el Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993, en las normas integrantes del Código Sustantivo del Trabajo y en la Ley 82 de 1993, que establece medidas para la protección de la mujer cabeza de familia.

6.- De un lado, en virtud del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud -POS- “permitirá la protección integral de las familias a la maternidad” y según el texto del artículo 207 de la misma Ley, el régimen contributivo reconocerá y pagará para los afiliados la licencia por maternidad<sup>4</sup>. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1995, la madre trabajadora tiene derecho a “doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso”.

Precisamente, con fundamento en la normatividad mencionada, existen al menos dos maneras de materializar la cláusula constitucional de protección a la maternidad. En primer lugar, mediante la prestación de servicios de salud a la mujer en estado de embarazo y a la

que ha dado a luz y, en segundo lugar, por razón del reconocimiento de prestaciones económicas a favor de la madre trabajadora.

7.- Con fundamento en tales garantías constitucionales previstas para la maternidad es posible proteger tanto a la madre como al niño o a la niña que está por nacer. En efecto, dada la inescindible relación entre la mujer y su hija o hijo durante el período de gestación y en el momento del alumbramiento, la atención en salud que reciba la madre afectará necesariamente al bebé. Igualmente, la licencia por maternidad permite garantizar la recuperación de la mujer en el período posparto, su sostenimiento y el del bebé así como la atención que éste necesita. En consecuencia, la protección a la maternidad conlleva, entre otros, la garantía de derechos fundamentales tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud.

8.- De igual manera, diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales, según lo establece el inciso segundo del artículo 93 constitucional<sup>6</sup>, reconocen la condición especial de la maternidad y confieren un ámbito de protección a las mujeres en estado de gravidez y a la población recién nacida.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Colombia establece el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto e igualmente, el reconocimiento de la licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social<sup>7</sup>. Acorde con esta pauta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha solicitado regularmente a los Estados Partes información sobre la existencia de grupos concretos de mujeres que no disfruten de esa protección.

La protección a la maternidad, además, es una cláusula fijada en el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Protocolo de San Salvador"<sup>8</sup> y a la luz del mismo, la licencia retribuida por maternidad antes y después del parto es una de las prestaciones incluidas en el derecho a la seguridad social<sup>9</sup>.

Al respecto, en sentencia T-1038 de 2006, esta Sala de Revisión destacó, en relación con la aplicación de la disposición contenida en el Protocolo de San Salvador que ésta "... complementa el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia y la normatividad legal

vigente de manera tal que la licencia por maternidad podría ser reconocida tanto antes como después del parto. Así pues, con el fin de ampliar la protección legal a la maternidad existente, el legislador podría extender la actual licencia por maternidad a la etapa de gestación.”

También se manifestó en dicha providencia lo siguiente:

“... de conformidad con la normatividad internacional, la atención a la salud de la mujer en estado de gravidez permite brindar protección a los derechos de la niñez. En efecto, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>10</sup>, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres.

“10.- Por otra parte, la maternidad ha sido objeto de análisis en diversos pronunciamientos de esta Corte, en donde ha sido señalado que la protección especial se presenta a partir del reconocimiento de las condiciones de discriminación y marginamiento a las que se ha visto sometida la mujer gestante y cabeza de familia y adicionalmente al incremento del número de mujeres que deben asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, las responsabilidades del hogar, como las propias de la actividad de la que se deriva el sustento familiar<sup>11</sup>.

“11.- De la misma manera, en la jurisprudencia constitucional ha sido reiterada la protección a la maternidad por cuanto su garantía permite impedir que dicha situación se convierta en un factor de discriminación femenina y que se salvaguarden los derechos de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, a su dignidad humana y la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (Art. 42 C.P.)<sup>12</sup>

10.- Finalmente, es necesario resaltar que las medidas propuestas para garantizar la maternidad han sido objeto de protección en el ámbito de la acción de tutela, en donde ha sido reconocido que su garantía es complementaria del ejercicio de otros derechos de la mujer dentro de los cuales se encuentra el libre desarrollo de la personalidad y la protección de los derechos de la infancia.

Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento excepcional de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela.

11.- Una manifestación clara de la protección a la maternidad consiste en el reconocimiento y pago del derecho a la licencia por maternidad, en el entendido que ésta constituye una prestación económica y se encuentra en conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de la madre y del menor, especialmente cuando ésta representa el único sustento de aquéllos durante el período posparto.

La idoneidad de la licencia de maternidad para amparar el derecho al mínimo vital<sup>13</sup> tanto de la mujer como de la criatura que acaba de nacer ha sido establecida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia. En este sentido, en sentencia T-664 de 2002 esta Corporación señaló “la 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”.

De igual manera, en fallo T-1019 de 2005 esta Corte sostuvo que no obstante el carácter prestacional de la licencia de maternidad, ésta puede ser reclamada mediante acción de tutela cuando el valor que se percibe por este concepto representa el único ingreso para el sostenimiento tanto de la madre como de su hija o hijo<sup>14</sup>.

Así las cosas, la licencia de maternidad en el ámbito colombiano es una prestación económica de orden legal que permite garantizar los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana de las mujeres y de la población recién nacida.

12.- De conformidad con la legislación vigente, la licencia de maternidad es otorgada a la mujer trabajadora previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: (i) que aquélla haya cotizado durante todo el período de su gestación<sup>15</sup> (ii) que haya cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) que haya cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho<sup>16</sup>; (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento<sup>17</sup>.

13.- Ante la solicitud de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, las Entidades Prestadoras de Salud del Régimen Contributivo deben verificar que la trabajadora afiliada cumpla los requisitos aludidos. Sin embargo, de manera excepcional y de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, es posible otorgar la licencia por maternidad aún

cuando algunas de estas exigencias no se han cumplido.

14.- Respecto del período de cotización necesario para alcanzar el reconocimiento de la licencia por maternidad, la jurisprudencia ha afirmado de manera reiterada que la existencia de lapsos no cotizados no autoriza a la EPS a eludir el pago de la prestación económica referida.

Así por ejemplo en sentencia T-139 de 1999, reiterada en el fallo T-931 de 2003 esta Corte afirmó que en algunas oportunidades, el requisito consagrado en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 es una norma que en ciertos casos “hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido.”

Este criterio fue reiterado en sentencia T-461 de 2006, en la cual la Corte protegió el derecho a la licencia de maternidad de una mujer trabajadora que por haber sido retirada del sistema debido al cambio en la afiliación en calidad de trabajadora dependiente a trabajadora independiente presentó una interrupción de 14 días de cotización durante el período de gestación. Este Tribunal precisó que prevalecía la protección constitucional a la maternidad y a la niñez sobre los requerimientos legales para acceder a la licencia de maternidad. Lo anterior, señaló la Corte, en virtud del artículo 228 constitucional según el cual “en el Estado social de derecho [...] lo trascendente del procedimiento no son las formalidades sino la realización de los derechos sustanciales”.

Posteriormente, en providencia T-640 de 2006, la Corte ordenó cancelar la licencia de maternidad a la cual tenía derecho una afiliada que presentó un período de interrupción en sus cotizaciones como consecuencia de su desvinculación como empleada y su nueva vinculación como trabajadora independiente.

En sus consideraciones, esta Corte señaló “la interrupción en el pago de los aportes al sistema, originada en el tiempo de cesación del contrato laboral no constituyen razones suficientes para exonerar a la E.P.S. Salud Total de pagar el derecho económico concomitante con la licencia de maternidad;”. E igualmente, agregó “durante su embarazo solo se interrumpieron los aportes por el período comprendido entre la terminación del

anterior contrato a término fijo y la nueva vinculación laboral para el año 2005, la Corte estima que tal interrupción no puede generar la pérdida del derecho prestacional derivado de la protección constitucional a la maternidad”

Y más recientemente, en sentencia T-728 de 2006, la Corte ordenó a la EPS Famisanar reconocer y pagar la licencia de maternidad a una madre trabajadora que no efectuó cotizaciones durante 30 días del período de gestación, debido a que la peticionaria había cambiado de empleador.

En el estudio del caso concreto, esta Corporación sostuvo que “a pesar de la ausencia de un aporte mensual durante el embarazo, la señora Rodríguez Sosa ha cotizado desde el 2001 a la misma EPS y durante el periodo que falta cotización se presentó la transición entre CICODES CTA y GESTIONANDO CTA. De tal forma que, como lo ha establecido la Corte, en casos como el estudiado, resulta desproporcionado exigirle a la madre que por el cambio de empleador pierda el derecho a la prestación”.

15.- De otro lado, a partir de la sentencia T-999 de 200318, se planteó un cambio jurisprudencial en cuanto a la oportunidad de presentación de la acción de tutela cuando se trata del reclamo de la licencia de maternidad por esta vía. Consideró la Corte que la tesis mantenida previamente, que establecía la garantía de la vigencia de la licencia de maternidad (84 días) como plazo oportuno para interponer la acción de tutela, se convirtió con el tiempo en un formalismo utilizado por las Empresas Promotoras de Salud que hacía nugatoria la protección efectiva de las garantías con las cuales debe contar la mujer durante el embarazo y después del parto, así como el recién nacido. Sobre ese presupuesto, la Corte amplió el término para hacer viable el amparo constitucional al primer año de vida del niño<sup>19</sup>.

El allanamiento a la mora.

16.- Esta Corte se ha pronunciado sobre la extemporaneidad en el pago de los aportes en salud alegado por las Entidades Promotoras de Salud para negar a sus afiliadas el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad debidamente causada. Así, en sentencia T-906 de 2000 se dijo:

“En este caso se debe acudir al principio de continuidad y al allanamiento a la mora, por lo

que “si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la E.P.S no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido”.

En sentencia T-458 de 1999, se sostuvo que en casos de negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues sería favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación, esto es, al trabajador.

17.- De conformidad con esta posición, la Corte Constitucional ha concedido el amparo constitucional de los derechos de mujeres trabajadoras a quienes les fue negada la licencia de maternidad porque sus pagos ante el Sistema de Seguridad Social fueron realizados de manera extemporánea. Dentro de las sentencias que han evaluado dicha situación se encuentran, entre otros, los fallos T-947 de 2005, T-350 de 2005, T-504 de 2004, T-707 de 2002, T-950 de 2000 y T-1038 de 2006.

Lo anterior significa entonces, que en aquellos eventos en que el empleador canceló los aportes extemporáneamente y la entidad promotora de salud no se opuso a ello, se presenta un allanamiento a la mora y, por lo tanto, tal entidad no puede negarse a pagar la licencia de maternidad con el argumento de la tardía cotización durante el término de la gestación.

18.- En conclusión, en sentencias de tutela la Corte ha aplicado de manera prevalente las normas constitucionales para efectos del reconocimiento de la licencia de maternidad. Es por esto que a la luz de la jurisprudencia, la ausencia de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social durante el período de gestación y el pago extemporáneo de los aportes no constituye una autorización para rehusar el pago de la prestación referida<sup>20</sup>.

Análisis del caso concreto

19.- La señora Yenis María Feria Sequeda está afiliada desde el día 14 de abril de 2005 a la EPS Coomeva, entidad a la que solicitó el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Dicha prestación fue negada bajo el argumento de que los pagos de los aportes fueron realizados de manera extemporánea y porque no cotizó durante todo el tiempo de gestación.

20.- Al constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación para lograr el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, frente al caso objeto de estudio, se tiene que la demandante está afiliada a la EPS Coomeva, que existe prueba en el expediente del pago completo de las cotizaciones durante ocho (8) meses del período de gestación.

Frente al requisito de que la afiliada haya pagado cumplidamente la cotización en salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la reclamación de la licencia, y en caso contrario, que la EPS se haya allanado en la mora del empleador, en el presente asunto se tiene que si bien la accionante no pagó cumplidamente por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la reclamación de la licencia, la Entidad Promotora de Salud demandada se allanó en la mora, al no requerir el pago de las sumas adeudadas, y posteriormente, no haberlo rechazado.

Sobre lo anterior, encuentra esta Sala de Revisión que la mora en el pago de los aportes no es una razón suficiente para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, referenciada en el acápite anterior.

Ahora, en relación con el requisito consistente en cotizar durante todo el tiempo de gestación, en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido, no puede valorarse de conformidad con el texto de la norma. Al contrario, debe ponderarse el tiempo cotizado con el faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido. En consecuencia, esto excluye aquellas situaciones en las cuales el tiempo cotizado y el tiempo restante no guarden la relación expuesta.

En el caso objeto de estudio a la señora Feria Sequeda, como se señaló en los antecedentes, sólo le faltó un mes de cotización durante el período de gestación. Entonces, puede concluirse, que en esta oportunidad el tiempo faltante de cotización no puede generar la

pérdida del derecho prestacional derivado de la protección constitucional a la maternidad, toda vez que con ello se estarían vulnerando los derechos fundamentales invocados por la actora.

21.- Si bien la demandante cumple con los requisitos legales para que la Entidad Promotora de Salud le reconozca y pague la licencia de maternidad, para que sea procedente su reclamación por medio de la acción de tutela, es necesario verificar la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo, por el no pago de la licencia.

22.- La señora Feria Sequeda manifestó en el escrito de tutela, que el no pago de la licencia de maternidad afecta su derecho fundamental al mínimo vital, razón por la que puede satisfacer sus necesidades básicas personales y la de su hijo recién nacido. Afirmación que goza de presunción de veracidad y buena fe y que en ningún momento fue desvirtuada o controvertida por la entidad demandada.

23.- En sentencia T-1038 de 2006, esta Sala de Revisión reiteró en relación con el derecho al mínimo vital lo siguiente: "... para referirse a la relación entre el contenido del derecho a gozar de las condiciones mínimas de subsistencia, y las distintas necesidades que surgen de las diferentes condiciones en las que se pueden encontrar las personas. Así pues, si bien se pueden identificar derechos básicos referidos a la garantía de subsistencia en condiciones dignas, esto es, un contenido genérico del derecho al mínimo vital; no se puede desconocer que dependiendo de las condiciones que enmarquen la situación de una persona, así mismo variarían las necesidades cuyo carácter resulta básico en relación con dicha subsistencia. Y, en este sentido el contenido del mínimo vital se amplía para cubrir aquellas necesidades, que en otras condiciones o para otras personas no resultarían básicas. Los derechos básicos que van a definir los contornos de la garantía del mínimo vital no son pues un estándar inalterable, sino un análisis cualitativo de qué es lo básico mínimo en cada caso.

23.- La determinación del contenido del derecho al mínimo vital, para la garantía de su protección, ha involucrado dos aspectos principales. En primer término, "[e]l concepto de mínimo vital (...) no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una

valoración cualitativa (...), atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto.”<sup>21</sup> Y, en segundo lugar, la Corte ha considerado que la vulneración del derecho al mínimo vital se protege mediante la acción de amparo, para evitar que la persona “...sufra una situación crítica económica (...). Con esta referencia se pretende dejar intacta la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria, cuando no se trate de situaciones injustificadas, inminentes y graves que hacen urgente la intervención del juez de amparo.”<sup>22</sup>”

De igual manera, en dicho fallo manifestó que el contenido del mínimo vital tiene un alcance mayor al de la mera posibilidad de subsistencia biológica y la procedencia de su protección por vía de tutela en situaciones urgentes, sugieren que el contenido del derecho al mínimo vital aparece como el punto de equilibrio entre estos dos criterios. Así, el mencionado contenido del derecho al mínimo vital varía según la situación de quien alega su vulneración o amenaza, esto no puede derivar en el absurdo que toda reclamación jurídica de carácter económico, implique la vulneración de este derecho, so pretexto de que lo básico mínimo es contingente según cada situación particular.

Por el contrario, se argumentó que el límite se encuentra en que no todas las necesidades resultan constitucionalmente básicas y urgentes; sino sólo aquellas cuya satisfacción implique la protección inmediata de otros derechos fundamentales. “Contrario sensu, la característica de dichas necesidades es que la consecuencia de su no satisfacción implica la vulneración de otros derechos fundamentales.” De otro modo, no es posible que un debate jurídico sobre los ingresos económicos de ciudadanos(as), respecto de las necesidades que dichos ingresos pretenden cubrir, resulte constitucionalmente relevante, luego discutible en sede de tutela.

24.- Es fundamental acentuar que las Entidades Promotoras de Salud no pueden evadir su obligación de reconocer y pagar la correspondiente licencia de maternidad utilizando como estrategia el simple rechazo de la misma, lo cual obliga a la beneficiaria de dicha prestación a acudir a la acción de tutela como único mecanismo eficaz para lograr el reconocimiento de su derecho.

Ahora, teniendo en cuenta el número de casos revisados por esta Corte, puede afirmarse que se ha convertido en una práctica reiterada que las Entidades Promotoras de Salud nieguen el pago de la licencia de maternidad argumentando la mora en la cancelación de los aportes,

con lo cual estarían desconociendo la protección especial a la mujer y a su hijo recién nacido derivada de la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corte. De igual manera, es una actuación recurrente exigirle a los afiliados a las Entidades Promotoras de Salud un pronunciamiento judicial previo, mediante el cual se amparen sus derechos fundamentales para hacer efectivo el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la maternidad.

Frente a tal situación esta Sala de Revisión ordenará a los órganos de control que inicien las actuaciones correspondientes, con el fin de evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales que obliga a los ciudadanos a presentar acción de tutela para lograr su protección.

25.- De los hechos narrados y pruebas aportadas al expediente, la Sala de Revisión concluye que el desconocimiento del pago de la licencia de maternidad tiene como consecuencia la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la señora Feria Sequeda y el de su hijo, por lo cual se revocarán las decisiones de instancia y en su lugar se concederá el amparo y se ordenará el pago de la licencia en cuestión.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto (4) Civil municipal de Cartagena, de fecha 30 de agosto de 2006 y por el Juzgado Segundo (2) Civil del Circuito de la misma ciudad, de fecha 10 de octubre de 2006, mediante las cuales se negó la solicitud de amparo promovida por Yenis María Feria Sequeda y en su lugar CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la maternidad y los derechos de la niñez.

SEGUNDO.- ORDENAR a la EPS Coomeva que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo realice el pago de la licencia de maternidad de la señora Yenis María Feria Sequeda.

TERCERO.- COMPULSAR copias de esta decisión y del expediente, con destino a la

Procuraduría General de la Nación y a la Superintendencia de Salud para que procedan a realizar los controles preventivos y las investigaciones a que hubiere lugar, respecto de la sistemática negativa de las Entidades Promotoras de Salud de reconocer y pagar las licencias de maternidad en casos semejantes al decidido en este proceso.

CUARTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Al respecto, consultar las sentencias T-470 de 1997, T-800 de 1998, T-765 de 2000 y T-574 de 2005.

2 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

3 “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”

4 La garantía de protección a la maternidad prevista en el Plan Obligatorio de Salud -POS- del Régimen Contributivo también se encuentra dispuesta para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -POSS-. En efecto, el Acuerdo Número 72 del Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud, artículo 1° prevé atención del parto, atención integral de gineco-obstetricia.

5 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

6 El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

7 Artículo 10 del Pacto.

8 Aprobada en Colombia por Ley 319 de 1996.

9 Ver artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

10 Cita del aparte transcrito. Consultar artículo 24 de la Convención. Asamblea General. Res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.

11 Cita del aparte transcrito. Sentencia T- 461 de 2006.

12 Cita del aparte transcrito. Ver sentencia T- 674 de 2006.

13 El mínimo vital fue definido en sentencia T-611 de 2006 como el “conjunto de elementos que garantizan la subsistencia de las personas y generalmente se refieren a los bienes de carácter material y espiritual que permiten un desarrollo integral”. En dicho fallo, la Corte indicó que el derecho al mínimo vital “se encuentra relacionado con los bienes y servicios de primera necesidad que se requieren para satisfacer el derecho a la subsistencia, es decir para contar con las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”.

14 Esta posición fue reiterada en sentencia T-584 de 2004.

15 El Decreto 047 de 2000 que en su artículo 3º preceptúa “—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”.

16 Decreto 1804 de 1999, art. 21, num 1

17 Consultar art. 63 del Decreto 806 de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud, y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general”

18 Previo a esta sentencia, la Corte sostuvo en su jurisprudencia el criterio según el cual, para que la afección al mínimo vital de la madre y el recién nacido generara amparo constitucional, era preciso que el pago de dicha prestación se planteara ante los jueces de tutela durante la vigencia de la licencia, es decir, dentro del término de los 84 días que establece la ley. Si transcurría el término de la licencia sin que se hubiese hecho efectivo su pago, se estaba ante un perjuicio causado y por ello no era viable la protección constitucional de los derechos.

19 La sentencia T-999 de 2003 lo estableció en los siguientes términos: “Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, 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, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo

en el recién nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo. Bajo ese entendido, es innegable que debe darse trámite a una tutela que ha sido presentada aún después del término de la licencia de maternidad, por cuanto existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido.” Esta jurisprudencia ha sido reiterada por las sentencias T-1014 de 2003, T-236, T-878, T-922 y T-968 de 2004, T-019, T-574, T-682, T-794, T-825 y T-947 de 2005, entre muchas otras.

20 Sobre la imposibilidad de negar el pago de la licencia de maternidad por interrumpir el pago de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social pueden consultarse las sentencias T-689 de 2006, T-674 de 2006, T-609 de 2006, T-598 de 2006, T-520 de 2006, T-383 de 2006, T-790 de 2005, T-549 de 2005, T-878 de 2004.

21 T-553 de 2005

22 SU-995 de 1999, reiterada entre otras en la T-158 de 2006