

Sentencia T-530/07

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

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

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término hasta de un año después del nacimiento del niño para reclamar por tutela

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

ACCION DE TUTELA-Pagos proporcionales o completos de la licencia de maternidad dependiendo del caso en los procesos acumulados

Referencia: expedientes T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

Acciones de tutela promovidas por Lourdes Amira Díaz Buelvas, Maribel Sánchez González, Lisdey Gálvez Valencia, Luz Shirley Cuervo López, Rosana Elena Pimienta Mercado, María del Carmen Avella Fonseca, Yiceth Paola Ramos Moran, Ruby Regina Pacheco Ortega, Cristina Isabel Alfaro Vargas, Consuelo Lina Blanquicett Zambrano, Nancy Agudelo Londoño, Yulli Vanessa López Izquierdo, Indira Liliana Sánchez Romero, Luz Adriana Arboleda Rueda, María Mercedes Camargo Rueda, Damaris Esther Aguas Martínez, Viviana Esther Contreras Burgos Y Francly Estrella Oliveros Perdomo contra las EPS de COOMEVA, SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD -S.O.S.-, COMFENALCO, HUMANA VIVIR, SALUDCOOP, SUSALUD, SALUD TOTAL, COOMEVA, y COLMEDICA.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., doce (12) de julio de dos mil siete (2007).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Tercero Penal Municipal de Cartagena (T-1547227); Cuarto Civil Municipal de Cali (T-1549565); Once Penal Municipal de Cali (T-1549683); Segundo Promiscuo Municipal de Granada (Meta) (T-1552575); Juzgado Noveno Penal Municipal y Primero Penal del Circuito ambos de Barranquilla (T-1554056); Primero Civil Municipal y Treinta y Uno Civil del Circuito ambos de Bogotá (T-1554317); Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito, ambos de Soledad (Atlántico) (T-1555177); Octavo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito, ambos de Barranquilla (T-1567130); Veintiuno Civil Municipal y Doce Civil del Circuito, ambos de Barranquilla (T-1572922); Doce Civil Municipal de Barranquilla (T-1575081); Veinte Penal Municipal de Medellín (T-1575810); Cuarto Civil Municipal de Cali (T-1575897); Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Segundo Penal del Circuito, ambos de Armenia (T-1576786); Dieciséis Civil Municipal y Diecisiete Civil del Circuito, ambos de Medellín (T-1579127); Noveno Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito, ambos de Barranquilla (T-1579539), Sexto Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito, ambos de Sincelejo (T-1579596); Sexto Penal Municipal de Barranquilla (T-1597389), y Primer Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva (T-1556303) dentro de las acciones de tutela promovidas por Lourdes Amira Díaz Buelvas, Maribel Sánchez González, Lisdey Gálvez Valencia, Luz Shirley Cuervo López, Rosana Elena Pimienta Mercado, María del Carmen Avella Fonseca, Yiceth Paola Ramos Moran, Ruby Regina Pacheco Ortega, Cristina Isabel Alfaro Vargas, Consuelo Lina Blanquicett Zambrano, Nancy Agudelo Londoño, Yulli Vanessa López Izquierdo, Indira Liliana Sánchez Romero, Luz Adriana Arboleda Rueda, María Mercedes Camargo Rueda, Damaris Esther Aguas Martínez, Viviana Esther Contreras Burgos y Francly

Estrella Oliveros Perdomo contra las EPS de COOMEVA, SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD - S.O.S.-, COMFENALCO, HUMANA VIVIR, SALUDCOOP, SUSALUD, SALUD TOTAL, COOMEVA, y COLMEDICA.

Los expedientes de la referencia fueron acumulados por Auto de las Salas de Selección Número Dos del 5 de marzo y Número Cuatro del 10 de abril, ambos de 2007, así como por autos de acumulación proferidos por esta Sala de Revisión de fecha 2 de mayo y 20 de junio de este mismo año.

I. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-1547227

1.1 Hechos

Lourdes Amira Díaz Buelvas instauró acción de tutela contra COOMEVA E.P.S. al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad, a la igualdad, de petición y a la vivienda digna, con fundamento en los siguientes hechos:

- La accionante se afilió a COOMEVA E.P.S. desde el 1º de febrero de 2006 como cotizante dependiente, siendo su empleador el Jardín Infantil “Personitas Sanas y Felices” de la ciudad de Cartagena.
- El 18 de septiembre de 2006, dio a luz a su hijo, motivo por el cual, reclamó de la referida E.P.S. el pago de la licencia por maternidad. Sin embargo, la misma le fue negada por no cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 63 del Decreto 806 de 1998.
- De esta manera, considera que el no pago de la licencia por maternidad, desconoce sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad, a la igualdad, de petición y a la vivienda digna. Por ello, pide la protección de los mismos, y para ello solicita que se ordene a la entidad accionada se le reconozca y pague la referida licencia de maternidad.

1.2 Contestación de la entidad demandada

Vinculada la E.P.S. COOMEVA por parte del juez de primera instancia, aquella no intervino en el trámite de esta acción de tutela.

1.3 Pruebas

- Folio 7, comprobante de cobro de una tienda de fecha noviembre 15 de 2006, según el cual la accionante adeuda a dicho establecimiento comercial la suma de \$600.000 pesos por concepto de alimentos.
- Folios 8 y 9, dos comprobantes de fecha 15 de agosto y 28 de octubre de 2006, expedidos por la compraventa "La Guitarra", en los que se constata que la accionante empeñó algunos objetos personales por valor de \$80.000 y \$60.000 pesos, respectivamente.
- Folio 10, recibo del servicio público de telefonía fija, correspondiente al período de agosto a septiembre de 2006, por valor de \$166.524 pesos, el cual se encuentra impago.
- Folio 12, certificado de incapacidad por licencia de maternidad expedido el 24 de octubre de 2006 en la ciudad de Cartagena, en el cual se advierte en el recuadro de "Notas Aclaratorias" que "El afiliado no cumple con la cotización ininterrumpida y completa exigida por la ley para reconocimiento económico del evento solicitado (Dec. 047/2006 Num. 2)."
- Folio 13, Epicrisis del Hospital de Maternidad de Bocagrande Ltda., de fecha 18 de septiembre de 2006, en el cual se señala como diagnóstico de ingreso el de un embarazo de treinta y nueve (39) semanas de gestación.
- Folio 14, fotocopia de la incapacidad médica por ochenta y cuatro días expedida el 19 de septiembre de 2006.
- Folio 15, fotocopia del Certificado de Nacido Vivo en el que se confirma un período de gestación de treinta y nueve (39) semanas.
- Folio 17, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento No. 400417417, referente al hijo dado a luz el 18 de septiembre de 2006.
- Folio 18, fotocopia del Formulario Único de Novedad a la Afiliación Régimen Contributivo, en el que consta que la accionante se afilió a la E.P.S. COOMEVA como cotizante dependiente, con fecha del 1º de febrero de 2006.

1.4 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del 28 de diciembre de 2006, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena, negó el amparo constitucional solicitado. Consideró el a quo, que teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es una prestación económica, su exigibilidad por medio de la acción de tutela se circunscribe únicamente a aquellos eventos en los que su desconocimiento amenaza también uno o varios derechos fundamentales del menor o de la madre.

Así, frente al caso concreto, señala que la E.P.S. COOMEVA no accedió a pagar la licencia de maternidad ahora reclamada por la accionante por esta vía judicial excepcional. Se puede advertir, que en efecto, las cotizaciones hechas por la accionante correspondieron tan solo a treinta (30) semanas, mientras que su gestación se completó el día del parto con treinta y nueve (39) semanas. Así, teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley y demás normas reglamentarias, se requiere que el número de semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en salud sea igual al número de semanas de gestación, situación que no se cumplió en el presente caso. Por este motivo el despacho consideró que la presente acción de tutela no resulta viable.

1.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte.

Así, en el presente caso se ordenó en el numeral primero de dicho auto, poner en conocimiento del Jardín Infantil Personitas de la ciudad de Cartagena, el contenido del presente expediente, para que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico allí planteado.

El 5 de junio del presente año, la señora Claudia Martínez Manjarez, dio respuesta al requerimiento mencionado, en los siguientes términos:

- La licenciada Lourdes Díaz fue contratada como profesora de esta institución privada, en el período correspondiente al año académico de 2005, definido como un contrato a término fijo de diez (10) meses, desde el mes de febrero a diciembre, tiempo durante el cual ésta institución educativa cumplió con todas sus obligaciones como empleador, liquidando dicho

contrato en los términos de ley.

* Para el año 2006, la accionante fue nuevamente contratada en los mismos términos que el año escolar anterior. Se advierte que en el lapso comprendido entre el mes de noviembre cuando termina el año académico y el mes de febrero cuando se reinician labores académicas, los contratos se interrumpen.

* La trabajadora quien para la fecha de la nueva contratación se encontraba embarazada resulta afectada por la generalidad de la norma contenida en el artículo 63 del decreto 806 de 1998.

* “No conocemos de antecedentes legislativos o jurisprudenciales que indiquen a quien corresponde la obligación de pagar la licencia de maternidad, pues imponerle esa obligación al empleador, implicaría una sanción atípica para quien ha cumplido con todas sus obligaciones patronales y en la práctica podría general (sic) discriminación a las personas en embarazo en la medida que las instituciones educativas de carácter privado se abstendrían de contratar personas en estado de embarazo.”

Con la anterior respuesta, se anexaron copias de los contratos de trabajo y de los desprendibles por autoliquidación de aportes a seguridad social hechos por el empleador. (copias de los contratos laborales de los años escolares de 2005, 2006 y 2007; planillas completas de aportes hechos a salud correspondiente a los meses de febrero a noviembre de los años 2005 y 2006 y de febrero a mayo de 2007).

2. EXPEDIENTE T-1549565

2.1 Hechos

* La señora Maribel Sánchez González interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, por considerar que dicha entidad le violó sus derechos fundamentales al mínimo vital, fundamental de los niños, dignidad, seguridad social y salud, al negarle el reconocimiento y pago de la licencia que por maternidad tiene derecho.

* Advierte la accionante, que en la actualidad es cotizante independiente a la E.P.S. S.O.S., cumpliendo con la obligación de efectuar el respectivo pago dentro de los siete (7) primeros días hábiles de cada mes.

* Así, la actora venía pagando sus cotizaciones desde el 15 de marzo de 2004 a través de una fundación. Para el mes de enero de 2006 cuando la accionante quedó embarazada, dichas cotizaciones se hacían a través de la referida fundación.

* El 10 de octubre de 2006, la accionante dio a luz a su hija, siendo atendida con cargo a la E.P.S. de S.O.S.

* Sin embargo, cuando la accionante reclamó el pago de la licencia de maternidad, el mismo le fue rechazado por haberse efectuado el respectivo pago por cotización en día hábil posterior a la fecha límite tal y como lo señala el Decreto 1406 de 1999. De tal suerte que en el mes de octubre de 2006, el pago, según el último dígito de la cédula de ciudadanía, debió hacerse antes del día 5 de octubre, y el pago en cuestión se realizó tan solo el día 6 de ese mismo mes, es decir un (1) día después de la fecha límite.

* Con todo, la accionante considera que se encuentra absolutamente desprotegida, pues es madre cabeza de familia a cargo de dos menores de edad (una de 2 años de edad y la otra de un mes de nacida), por lo que se hace necesario el reconocimiento de la referida

prestación.

2.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito remitido el 16 de enero de 2007 al juez de conocimiento, el apoderado judicial de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud - S.O.S., luego de exponer el marco normativo del sistema general de seguridad social en salud, se pronunció así en relación con el caso concreto:

“En nuestra base de datos encontramos que como independiente le corresponde realizar pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud los primeros 4 días hábiles del mes, de acuerdo al último dígito del número de identificación, por lo cual en el mes de Octubre de 2006 debió cancelar antes del día 05 de octubre de 2006, en la autoliquidación No. 4931834 se encontró pago los aportes el día 06 de octubre de 2006, lo cual se constituyó en pago extemporáneo.

“Es claro que de acuerdo a lo resaltado por nosotros en el citado artículo 80 del decreto 806 de 1998 y 21 del decreto 1804 de 1999, si el empleador realiza pago extemporáneo de aportes en el mes que se genera la solicitud de incapacidad temporal o licencia de maternidad o paternidad, deberá cancelar a su trabajador la totalidad de la indemnización económica del evento de salud (solicitud de primer vez y sus prorrogas), sin recibir por parte del SGSSS reembolsos.

“Basados en la normatividad vigente se rechaza el pago de la indemnización a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (S.G.S.S.S.).”

2.3 Pruebas

* Folio 6, certificado expedido por la Clínica Versailles de fecha 10 de octubre de 2006, en el que se señala que la actora dio a luz ese día en la referida clínica.

* Folio 7, comprobante de rechazo de indemnización expedido por la E.P.S. Servicio

Occidental de Salud – S.O.S.- de fecha 11 de octubre de 2006.

* Folio 8, carta explicativa en la cual la E.P.S. de Servicio Occidental de Salud, expone sus argumentos para negar el pago de la licencia de maternidad reclamada por la accionante.

* Folio 9, certificado de nacido vivo No. A 7446043, en el que se señala que el día 10 de octubre de 2006, la accionante dio a luz a una niña en la Clínica Versailles.

* Folio 10, Registro Civil de Nacimiento No. 37441147, expedido por la Notaría Doce del Círculo de Cali.

* Folios 11 a 19, originales de los Formularios de Autoliquidación de Aportes, en los que consta los pagos que por concepto de cotización a la E.P.S. S.O.S. hizo la accionante en su calidad de cotizante. Estos formularios de autoliquidación corresponden a los meses de febrero a octubre de 2006

2.4 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, en sentencia del 23 de enero de 2007, resolvió negar la presente tutela. Consideró el juez de conocimiento que de conformidad con las pruebas y respuestas dadas tanto por la accionante como por la entidad accionada, advierte que ésta última no ha actuado de manera arbitraria. Por el contrario, ajustó su actuar a las normas previstas para este tipo de casos. Así, de las pruebas que se aportaron se confirma que la accionante incurrió en mora en el pago de los aportes en el mes que se generó la incapacidad por maternidad, perdiendo el derecho a cobrar a la E.P.S. S.O.S., la licencia de maternidad.

3. EXPEDIENTE T-1549683

3.1 Hechos

- La señora Lisdey Gálvez Valencia promovió acción de tutela contra la E.P.S. de COMFENALCO - Valle, al considerar que esta le violó su derecho fundamental al mínimo vital.
- En breve demanda de tutela, la accionante indica que se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud a través del Centro FE Y ALEGRÍA de la ciudad de Cali y que ella en su calidad de trabajadora independiente se desempeña como madre comunitaria
- Explica que el día 11 de octubre de 2006, presentó su licencia de maternidad ante la E.P.S. de COMFENALCO a efectos de que le fuera reconocida y pagada la correspondiente prestación económica. No obstante, la accionante afirma no haber recibido respuesta alguna, situación que afecta su situación personal, por ser madre soltera y cabeza de familia.
- Señala igualmente, que su afiliación al sistema general de salud a través del régimen contributivo se hizo siguiendo las pautas dictadas por el ICBF, quien le indicó que su vinculación debía hacerse por intermedio de asociación como lo es FE Y ALEGRÍA.
- Frente a los anteriores hechos y ante la no resolución de su petición de reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, la accionante pide se ordene a COMFENALCO E.P.S. que le resuelva favorablemente el reconocimiento y pago de la referida prestación por licencia de maternidad.

3.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito recibido por el juez de primera instancia el 11 de enero de 2007, el apoderado de la E.P.S. de COMFENALCO dio respuesta a esta acción de tutela, en los siguientes términos:

* Es cierto que la accionante se encuentra afiliada a dicha E.P.S. desde el 7 de febrero de 2006.

* Que si bien la afiliación se hizo en la referida fecha, cuando la accionante fue a su primera consulta a la E.P.S. el 2 de abril de 2006, el médico que la atendió, registró en su historia clínica que la paciente contaba ya con diez (10) semanas de gestación.

* De esta manera, al revisarse las semanas cotizadas en salud por parte de la señora Gálvez Valencia, para el momento del parto, esta presentaba tan solo treinta (32) semanas, con lo cual queda en claro que las semanas cotizadas en salud fueron menos que las semanas que duró su período de gestación. Aclara además, que cuando se habla de cotización ininterrumpida se refiere al período de pago de aportes y no al de afiliación.

* Así, en virtud a lo dispuesto por el artículo 1º, numeral 2 del Decreto 047 de 2000, al no darse el pago ininterrumpido de los aportes en salud, será el empleador quien deba asumir el pago de la referida prestación económica. Finaliza señalando que si el SGSSS asume el pago de dicha prestación social, el equilibrio económico del mismo se vería afectado y deteriorado cada día más.

3.3 Pruebas

* Folios 3 y 4, fotocopia de la cédula de ciudadanía de Lisdey Gálvez Valencia y de su carné de afiliada a COMFENALCO E.P.S.

* Folio 5, copia de carta suscrita por la Directora del Centro de Desarrollo Comunitario FE Y ALEGRIA, de fecha 7 de diciembre de 2006, en la que indica lo siguiente:

“La señora Lisdey Gálvez Valencia identificada con C.C. 38.556.786 de Cali - Valle quien actualmente labora en la casa hogar “Destellos de Luz” como madre comunitaria recibiendo una bonificación de \$171.000 mensuales, presentó licencia de maternidad a partir del 11 de octubre de 2006.

3.4 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del 15 de enero de 2007, el Juzgado Once Penal Municipal de Cali, negó el amparo solicitado. Advierte que según la norma citada por la entidad accionada (Dec. 047 de 2000, art. 1, numeral 2), así como también, siguiendo las pautas jurisprudenciales expuestas por la Corte Constitucional, en relación con la excepcional de la acción de tutela para lograr el pago de prestaciones sociales, resulta imposible ordenar que la E.P.S. COMFENALCO asuma el pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora, máxime cuando la accionante no cumple con los requisitos establecidos por el legislador. De otra parte, indica que se desconoce si la accionante cuenta con una verdadera vinculación laboral con el centro FE Y ALEGRÍA, quien sería en últimas el obligado a asumir el pago de la referida prestación social, pues la accionante afirma que su afiliación a la E.P.S. es de trabajadora independiente.

Sin embargo, en el formulario de afiliación al SGSSS, el Centro FE Y ALEGRIA aparece como empleador de la señora Gálvez Valencia, con lo cual se desvirtuaría su afirmación de ser trabajadora independiente como madre comunitaria.

3.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral segundo poner en conocimiento la presente acción de tutela al Centro Comunitario FE Y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de Cali, así como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- de esa misma ciudad, el contenido del presente expediente, para que se pronunciaran acerca de las pretensiones y del problema jurídico allí planteado.

a. Mediante oficio de 12 de junio de 2007, la Secretaría de esta Corte remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador, escrito de fecha 4 de junio suscrito por el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, Seccional Valle, en el que atiende la vinculación hecha por la Corte, al trámite del presente proceso de tutela.

En su intervención dijo lo siguiente:

* El Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar nació con la expedición de la Ley 89 de Diciembre 29 de 1988 y ha sido desarrollado por el Gobierno Nacional para apoyar a los Padres de Familia en la atención de sus hijos, especialmente en los sectores más pobres, fundamentando su labor en el trabajo solidario de la comunidad.

* El funcionamiento y desarrollo del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar es ejecutado directamente por la comunidad a través de las Asociaciones de Padres de Familia (hoy Asociaciones de Hogares de Bienestar), las cuales tienen personería jurídica y a ella pertenecen un número determinado de Hogares Comunitarios que son atendidos por Madres Comunitarias que pertenecen a la comunidad beneficiaria del programa.

* Dichas Asociaciones son las directas administradoras de los recursos asignados por el Gobierno representados en el Aporte que entrega el ICBF. Asimismo, administran los recursos provenientes de la comunidad consistentes en las tasas compensatorias pagadas por los Padres de familia de los menores que son atendidos en cada hogar comunitario.

* Las Madres Comunitarias son escogidas por la Asociación respectiva que maneja el programa y para ello se adelanta un proceso de selección y capacitación que permite tener un banco de Madres comunitarias.

* La vinculación de las madres Comunitarias con el Programa fue expresamente definida en el Decreto 2019 de 1988, derogado por el Decreto 1340 de Agosto 10 de 1995, que en su Artículo 4°. la define nuevamente en los siguientes términos: “La vinculación de la madre comunitaria así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de ‘Hogares de Bienestar’, mediante su trabajo solidario constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y

por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que en el participen. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

* El ICBF en atención a lo dispuesto por la Ley entrega recursos para el funcionamiento del programa a través de Contrato de Aporte que se celebra con las Asociaciones creadas para tal fin.

* Como se desprende de esta normatividad, no obstante que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y el funcionamiento del programa HOGARES COMUNITARIOS no existe relación laboral entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y las madres comunitarias que participan en el programa, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, no es el empleador de las madres comunitarias.

* Al respecto igualmente ha señalado la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-224 de 1998, reiterando lo expuesto en el fallo T-265 de 1995, que el vínculo existente entre la Madre Comunitaria y la asociación de padres de familia u otra organización de utilidad pública, es de naturaleza contractual de origen civil y no constituye una relación laboral.

* En relación con el cubrimiento de las madres comunitarias en materia de seguridad social en salud, se dictó el Decreto No. 1791 de 1990 en cuyo desarrollo se aprobó el Acuerdo 052 de 1990 expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, en el que se estudió y extendió la cobertura del seguro de enfermedad y maternidad a las madres comunitarias.

* En el Artículo 4 estableció que el porcentaje de cotizaciones y aportes con que se debe contribuir para el seguro de enfermedad en general y maternidad será del 7% sobre el salario mínimo legal.

* El servicio de salud que benefició a las madres comunitarias comprende los niveles básicos intermedios y de alta especialidad (Art. 5) y está sometido a los reglamentos de los seguros sociales obligatorios con exclusión de los de invalidez, vejez y muerte, accidentes de trabajo, enfermedad profesional y seguro medico familiar (art. 6).

* El artículo 7 prescribe que este régimen de excepción se aplica a las madres comunitarias, que por no tener vinculación laboral con ninguna entidad pública o privada, no son afiliadas a otra entidad de previsión social o al mismo Instituto a través del régimen general para los trabajadores asalariados en otro régimen especial.

* A través de la Ley 6 de 1992 se destina unos recursos del IVA social - Art. 19 párrafo 3 "con... el fin de mejorar la beca que se entrega por parte del Estado a las madres comunitarias, para lograr el cubrimiento de los riesgos por enfermedad general, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional como aporte a la seguridad social de las madres comunitarias o trabajadoras solidarias de los hogares comunitarios."

* Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se modificó la afiliación transitoria de las madres comunitarias en forma individual al ISS, El artículo 157 Literal a) numeral 2 preceptúa:

‘Artículo 157. Tipos de participantes en el sistema general de Seguridad Social en salud; a afiliados al Sistema de Seguridad Social. 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 comunitarias, las mujeres cabeza de familia... (Subraya fuera del texto original).

* La Ley 223 de 1995 (Ley de Reforma Tributaria) incremento el IVA a la tarifa de 16% a partir de 1996 y un porcentaje de este impuesto se destinó a gastos de inversión social, entre otros, en las madres comunitarias.

“ASPECTO GENERAL DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS”:. 1- Al menos el 30% para gastos del régimen subsidiario de salud establecido por la Ley 100 de 1993 Hogares Comunitarios y para la educación preescolar... y para los gastos de los hogares comunitarios de bienestar y otros programas dirigidos a la infancia, madres comunitarias para complementar el valor de la UPC del régimen subsidiado de que trata la Ley 100 de 1993 con el fin de que las madres y padres comunitarios, puedan afiliarse al ISS o Empresas Promotoras de Salud que estas escojan de manera que les permitan recibir los beneficios que establece el régimen contributivo contemplado en dicha Ley para incrementar el valor de la beca de madres y padres comunitarios”. (subrayado fuera de texto)

* La Ley 509 de 1999 por la cual se disponen unos beneficios a favor de las madres Comunitarias en materia de Seguridad social y se otorga un subsidio pensional, establecido en su artículo 1:

“En virtud de la presente ley, las madres Comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del ICBF se harán acreedoras a título personal a las mismas prestaciones económicas de que gozan los afiliados del régimen contributivo previsto por la Ley 100 de 1993. Los miembros de este grupo familiar tendrán derecho a la prestación del servicio de salud, como afiliados prioritarios del régimen subsidiado.

“PARAGRAFO. Las prestaciones económicas a que se refiere el presente artículo se liquidarán con base en las sumas que efectivamente reciben las madres comunitarias por concepto de la bonificación prevista por los reglamentos del ICBF .

“Artículo 2 Las madres comunitarias cotizarán mensualmente como aportes al sistema de

seguridad social en salud el 8% de la suma que reciben por concepto de bonificación. Las organizaciones administradoras del programa Hogares Comunitarios recaudarán las sumas citadas mediante la retención y giro del porcentaje descrito a la Entidad promotora de Salud - EPS- escogida por la madre comunitaria, dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el pago de las cotizaciones.

“PARAGRAFO. Con el propósito entre otros de facilitar la capacidad de pago de los aportes a la seguridad social, las tasas de compensación que las madres comunitarias cobran a los padres usuarios serán de su propiedad...”

* El Parágrafo 2 del artículo 4 de esta ley dispone la forma de cotizar para obtener de esta manera la cobertura familiar del Régimen Contributivo.

* El régimen pensional para este tipo de trabajadores lo regulan los artículos 5 y 6 de esta Ley;

* El Decreto No. 047 de enero 19 de 2000 en su Artículo 17 trata lo referente al Régimen de Afiliación de las Madres Comunitarias y consagra:

‘Afiliación al régimen contributivo. La afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se efectuará en forma individual al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad: Social en Salud y se registrará como trabajador independiente.’ (Negrilla y subraya fuera del texto original).

* EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por no ser empleador de las Madre Comunitarias, no tiene la obligación legal de afiliarlas al Sistema de Seguridad Social.

* La FUNDACION FE Y ALEGRIA, es una ONG, que administra el programa HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR, en el Distrito de Aguablanca de Cali, con la cual el ICBF ha venido suscribiendo contratos de aporte, para el funcionamiento del programa, atendiendo lo solicitado se verificó la información con el Centro Zonal del ICBF Suroriental, al cual le corresponde por ubicación el Programa, confirmándose que la señora LISDEY GALVEZ VALENCIA es actualmente Madre Comunitaria y su vinculación al mismo se produjo desde el 1° de febrero de 2006, estando activa actualmente.”

Con el anterior escrito se anexaron los siguientes documentos: Reporte de inicio, vigencia y fecha de aportes de la señora Lisdey Gálvez; y, Formulario Único Inscripción a la E.P.S. en el que se puede constatar que el ingreso base de cotización es de \$204.000 pesos.

b. Por su parte, el Centro Comunitario FE Y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de la ciudad de Cali no dio respuesta al requerimiento hecho por esta Sala de Revisión.

4. EXPEDIENTE T-1552575

4.1 Hechos

* La señora Luz Shirley Cuervo López interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. Humana Vivir por considerar que se le desconocieron sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, al habersele negado el pago de la licencia de maternidad por ella reclamada.

* Manifiesta la accionante que su afiliación a la E.P.S. de Humana Vivir data del 18 de julio de 2004. El día 9 de febrero de 2006, dio a luz a su hijo, razón por la cual procedió a reclamar de la referida E.P.S., el pago de la correspondiente licencia de maternidad.

* Sin embargo, la gerencia de la E.P.S. Humana Vivir le informó que no procedería al pago de la mencionada licencia de maternidad por no haberse cotizado como mínimo un número

igual de semanas al del período de gestación, pues en su caso tan solo aparecen treinta y cuatro (34) semanas de cotizadas.

* Señala que la negativa a reconocerle su licencia de maternidad ha afectado gravemente sus condiciones de vida, pues es madre cabeza de familia teniendo a cargo a su hija, por cuanto su esposo se encuentra desempleado.

* Además, en ampliación de la demanda, que se surtió ante el juez de conocimiento de esta tutela, la actora expuso que no encuentra sentido al hecho de que tan solo cuente con 34 semanas cotizadas en salud, cuando quiera que se encuentra afiliada a dicha E.P.S. desde el 18 de junio de 2004 y los pagos los ha venido haciendo a través de la Cooperativa Activamos, la cual cambio su razón social a Contratemos, y esta a su vez cambió su nombre al actual ASERVIGEN CTA. Sobre este punto, anota que una misma funcionaria de dicha E.P.S. le manifestó que el señor Javier Rangel, asesor comercial de dicha E.P.S. es quien había procedido a realizar su desafiliación de dicha E.P.S., situación que le fue informada a la actora en oficio C-2055-17646-ES, aclarándose que dicho trámite al cual se refirió dicho asesor, se realizaba por los asesores comerciales con el fin de obtener una “bonificación” a fin de año.

* Ante tal situación, la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales, y para ello pide se ordene a la referida E.P.S. de Humana Vivir que proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a que tiene derecho.

4.2 Contestación de la entidad demandada

Mediante documento de fecha 3 de octubre de 2006, el Representante Judicial de la E.P.S. Humana Vivir dio respuesta a la presente tutela. Señaló dicho funcionario que frente a la reclamación hecha por la accionante en relación con el pago de la licencia de maternidad a la cual ésta asegura tener derecho, ello no es viable por cuanto, según las cotizaciones hechas por la accionante a dicha E.P.S., solo aparecen pagos por concepto de treinta y cuatro (34)

semanas, con lo cual no reúne los requisitos señalados por el Acuerdo 047 de 2000 en relación con los aportes requeridos para reclamar el pago de la mencionada prestación social.

Así mismo, advierte que no existe legitimación por pasiva en la presente acción de tutela, pues señala que la entidad que debe ser vinculada a esta actuación por tener la responsabilidad en efectuar los pagos, y en su defecto, en asumir el pago de la referida licencia de maternidad es el empleador, en este caso ASERVIGEN CTA. Por estas razones no le corresponde a dicha E.P.S., asumir el pago de la licencia de maternidad reclamada por la señora Cuervo López.

4.3 Pruebas

- Folios 3 a 5, copia del derecho de petición presentado por la señora Luz Shirley Cuervo López a la E.P.S. Humana Vivir, de fecha 11 de julio de 2006.

- Folios 6 a 8, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Shirley Cuervo López y de su carné de afiliación a la E.P.S. Humana Vivir.

- Folio 9, respuesta al derecho de petición presentado por la accionante a la referida E.P.S. En el mismo se le informa lo siguiente:

“En respuesta a su derecho de petición, nos permitimos informarle que usted solicita el trámite de la licencia de maternidad, de fecha 9 de febrero de 2006, sin cumplir con lo establecido en el Decreto 047 de 2000, motivo por el cual el costo de la Licencia debe ser asumida por el empleador quien no tiene derecho a reembolso por parte de nuestra EPS debido a los motivos expuestos a continuación:

Usted solo había cotizado (35) semanas al SGSSS, para el momento del parto (09/02/2006), por tal motivo el reconocimiento económico por licencia de maternidad debe ser asumido por el empleador de Acuerdo al Art. 3 Numeral 2 del Decreto 047 del 19 de enero de 2000....”
8Negrilla y subraya fuera del texto original).

“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...”

- Folio 17, certificación expedida por Humana Vivir E.P.S. de fecha agosto 26 de 2005, en la cual se indica que la accionante contaba para la fecha con treinta y un (31) semanas de cotizaciones y que su condición era de inactiva por retiro por autoliquidación el 01/06/2005.
- Folios 21 a 54, escrito del 4 de octubre de 2006, suscrito por el señor José Guillermo Rodríguez Guzmán, funcionario de CONTRATEMOS CTA, con el cual da respuesta al requerimiento hecho por el juez de conocimiento de esta tutela. Junto con éste documento, anexa copia de las planillas de pago de aportes en salud de la señora Luz Shirley Cuervo López, hechos por dicha empresa a la E.P.S. Humana Vivir.
- Folios 81 a 99, intervención hecha por el representante legal de ASERVIGEN CTA., el que de manera clara manifiesta que la señora Luz Shirley Cuervo López se encuentra vinculada a dicha cooperativa desde el 1° de septiembre de 2006, tal y como consta en el formulario de afiliación de Humana Vivir NO. 2278293, documento en el que se advierte el cambio de empleador de CONTRATEMOS a ASERVIGEN.

4.4 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del 7 de diciembre de 2006, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada Meta, denegó la tutela en cuestión. Inicialmente hizo algunas precisiones acerca de la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo judicial para reclamar la licencia de maternidad, advirtiendo la E.P.S. exigía para dicho reconocimiento el que se hubieren cotizado 40 semanas. Así, vistas las pruebas obrantes en el expediente, anota que, si el menor nació el 9 de febrero de 2006, habrá de suponerse que la época de la concepción fue el mes de mayo de 2005. Por ello, si la accionante quería acceder al pago de la licencia de maternidad, debió efectuar cotizaciones durante los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2005, así como en enero y febrero del 2006, con lo cual completaría las 40 semanas requeridas para obtener el pago de la licencia de maternidad.

Sin embargo, en el mes de mayo de 2005, solo se cotizó un (1) día, y en junio de ese mismo año tan solo nueve (9) días, dejando de cotizar así casi tres meses, lo que demuestra de inmediato que no cumple con la totalidad de los requisitos legales para acceder a dicha prestación social. Así, y siendo la empresa Contratemos CTA la encargada de hacer dichos aportes, será ante esta entidad ante la cual la accionante deberá reclamar el pago de la

referida licencia.

Respecto de la empresa ASERVIGEN CTA, no le cabe responsabilidad alguna, pues la actora se vinculó a la misma siete meses después de haber dado a luz a su hijo. Por todo lo anterior, se denegó el amparo constitucional solicitado.

4.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral tercero poner en conocimiento la presente acción de tutela a la Cooperativa de Trabajadores Asociados CONTRATEMOS CTA en la ciudad de Villavicencio, el contenido del presente expediente, para que se pronunciaran acerca de las pretensiones y del problema jurídico allí planteado.

Sin embargo, según informe de Secretaría General de esta Corporación de fecha 31 de mayo del presente año, el término para pronunciarse sobre el presente caso, venció en silencio.

5. EXPEDIENTE T-1554056

5.1 Hechos

* La señora Rosana Elena Pimienta Mercado promovió acción de tutela contra la E.P.S. Salud Total, por considerar que ésta le violó sus derechos fundamentales a la igualdad, protección especial de la mujer y seguridad social, al haberle negado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por ella reclamada.

* Señala la accionante que el 8 de junio de 2006 dio a luz a su hijo Juan David González Pimienta en el Hospital Universidad del Norte del municipio de Soledad (Atlántico).

* El día 10 de agosto de 2006, solicitó a la E.P.S. Salud Total, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho, pues advierte que al momento de dar a luz se encontraba al día en el pago de las cotizaciones en salud.

* Sin embargo, la E.P.S. en cuestión, negó el pago de dicha prestación, argumentando para ello, que las semanas por ella cotizadas eran menos que el período de gestación, motivo por el cual dicha E.P.S. no estaba obligada a reconocer el pago por concepto de licencia de maternidad.

* En la actualidad la accionante se encuentra en una difícil situación económica, pues dicho dinero se constituye en su única fuente de recursos económicos para el sostenimiento de ella y de su hijo, razón por la cual pide que se ordene a la E.P.S. Salud Total el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por ella reclamada.

5.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito del 26 de septiembre de 2006, el gerente de la Sucursal en Barranquilla de la E.P.S. Salud Total dio respuesta a la presente acción de tutela, en los siguientes términos:

- La señora Rosana Elena Pimienta Mercado, se afilió al SGSSS a través de la E.P.S. Salud Total el 25 de octubre de 2005, como cotizante dependiente del empleador Julio Pineda Pineda, razón por la cual registra aportes a partir del mes de noviembre de 2005.

- Según información obtenida de la base de datos de la E.P.S. se pudo constatar que el estado actual de la accionante es ACTIVO, pudiendo acceder a la prestación de los servicios en salud que requiera.

-“Es claro y ello debe de tenerse muy en cuenta al momento de realizar el estudio del caso sub-examine que a partir del mes de noviembre de 2005 deben empezarse a contar el número de las semanas de cotización que de conformidad con lo establecido por la Ley deben reunirse a fin de acceder al pago de la prestación de licencia de maternidad, de donde puede colegirse fácilmente que si la actora solo cotizó al Sistema entre noviembre de 2005 y

el 9 de junio de 2006 (fecha en la cual ocurrió el parto) aproximadamente 28 semanas y 9 días, y su período de gestación fue de 34 semanas, no es posible acceder en los términos legales al pago de la licencia de maternidad solicitada a la E.P.S. Salud Total.”(Subraya y negrilla dentro del texto original).

- Advierte igualmente la E.P.S. Salud Total, que la orientación dada por la accionante a la presente acción de tutela, pretende obligar a dicha E.P.S. a asumir el pago de una prestación a la cual no esta legalmente obligada, siendo por el contrario su empleador, el señor Julio Pineda Pineda, a quien le corresponde asumir legalmente el cumplimiento de dicha obligación.

- Aclara sin embargo, que dicha E.P.S. ha asumido la prestación de todos los servicios médicos que la accionante ha reclamado desde el momento de su afiliación, así como los requeridos en virtud de su maternidad, señalando que estos le han sido prestados siempre y cuando los mismos se han encontrado dentro del marco prestacional estipulado por la normatividad.

5.3 Pruebas

- Folio 7, fotocopia del carné de afiliación de la señora Rosana Elena Pimienta Mercado a la E.P.S. Salud Total con fecha de afiliación del 25 de octubre de 2005.

- Folio 8, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento No. 40119671 del menor Juan David González Pimienta nacido el 8 de junio de 2006.

- Folio 9, formato de negación de servicios de salud y medicamentos, del 7 de julio de 2006, por el cual la E.P.S. Salud Total niega el reconocimiento económico por concepto de licencia de maternidad por ser inferior el número de semanas cotizadas al de las semanas de la gestación.

- Folio 11, certificado de licencia de maternidad expedido por la E.P.S. de Salud Total del 7 de julio de 2006.

* - Folios 13 y 14, documento de fecha 30 de agosto de 2006, suscrito por la abogada de

Servicios Legales a Usuarios de la E.P.S. Salud Total, en el cual se exponen las razones por las cuales se negó el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad.

* Folios 17 y 18, fotocopia de la Epicrisis expedida por el Hospital Universidad del Norte de fecha junio 20 de 2006, en el cual se aprecia que el período de gestación de la señora Rosana Elena Pimienta Mercado fue de 34 semanas.

* Folio 19, fotocopia de la licencia de maternidad (incapacidad médica) por 84 días expedida por el Hospital Universidad del Norte.

5.4 Sentencias objeto de revisión

a. El Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla, en sentencia del 3 de octubre de 2006, denegó la tutela. Señaló el juez de instancia que en tanto la accionante realizó cotizaciones por 31 de semanas, y su período de gestación fue de 34 semanas, es claro que no se cumple con la exigencia legal de que las semanas cotizadas fueran las mismas que las del período de gestación, para poder así reclamar el pago efectivo de la licencia de maternidad.

De esta manera, le corresponde a la accionante acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar ante ella el pago de esta prestación económica, por cuanto lo que se vislumbra es un conflicto de orden laboral que no puede ser resuelto por vía de la acción de tutela. Tampoco resulta viable ordenar que el empleador asuma el pago de dicha prestación, pues esto lo debe decidir el juez laboral.

b. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla, el cual en sentencia del 29 de noviembre de 2006, confirmó la decisión del a quo.

Consideró el ad quem que en el presente caso, es evidente que la accionante no cotizó el mismo número de semanas que el tiempo que duró su gestación, circunstancia que es aceptada por la actora. Además, consideró que “la nueva jurisprudencia de la Corte

Constitucional clarifica en el sentido de que la ley estableció unos controles para evitar que las gestantes lleguen al sistema tardíamente en busca de obtener el beneficio prestacional”, y por esta razón no se dan los presupuestos de ley para el reconocimiento de dicha prestación por maternidad.

5.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral séptimo que por Secretaría General, se oficiara a la Dra. Nicolasa del Carmen Tarazona Lora apoderada de la señora Rosana Elena Pimienta Mercado, para que en el término de tres (3) días informara a ésta Corporación, la dirección de la residencia y el teléfono del señor Julio Pineda Pineda, empleador de la señora Pimienta Mercado, para la época de su embarazo.

Así, mediante oficio de la Secretaria General de esta Corporación de fecha 4 de junio de 2007, se anexó escrito remitido vía fax por la apoderada de la accionante en el que manifiesta que la dirección de residencia del señor Julio Pineda Pineda es la calle 45 No. 27 - 92 de al ciudad de Barranquilla.

6. EXPEDIENTE T-1554317

6.1 Hechos

* La señora María del Carmen Avella Fonseca presentó acción de tutela en contra de la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. SUSALUD Medicina Prepagada, por considerar que ésta le vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud en conexidad con la vida.

* El 12 de enero de 2006 fue desvinculada de la mencionada E.P.S. porque ya no trabajaba con mi empleadora, la señora Flórez.

* El 2 de febrero de ese mismo año, la actora se afilió como trabajadora independiente a la referida E.P.S. de SUSALUD, aún cuando se encontraba desempleada, motivada esencialmente en su condición de embarazada.

* Aclara la accionante que su período de gestación se había iniciado en el mes de noviembre de 2005 y que su desvinculación laboral se hizo por cuando ya no prestaba sus servicios a la señora Luz Stella Flórez, quien hizo el último aporte el 10 de enero de 2006.

* Habiendo dado a luz el 10 de agosto de 2006, la accionante reclamó el reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad, la cual le fue negada, argumentándose para ello que en tanto el último mes cotizado por su antiguo empleador fue el de enero de 2006, el haberse afiliado como trabajadora independiente el día dos (2) de febrero de ese mismo año, se advertía que faltaba un (1) día de cotización, el correspondiente al primero (1°) de febrero de 2006.

* Frente a los anteriores hechos, la accionante encuentra vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida, así como los de su hija recién nacida, razón por la cual pide que su protección sea dada en impartir la orden a la E.P.S. de SUSALUD para que le reconozca y pague su licencia de maternidad.

6.2 Contestación de la entidad demandada

- El representante legal de la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. SUSALUD Medicina Prepagada, en escrito del 30 de noviembre de 2006, intervino en la presente acción de tutela.

- Señala que en efecto la accionante se encuentra vinculada al SGSSS desde el 12 de junio de 2000.

- Que si bien su licencia de maternidad inició a partir del 10 de agosto de 2006, la prestación económica correspondiente no puede ser reconocida por SUSALUD E.P.S. por cuanto se registra que hubo una interrupción en el pago de los aportes, el cual corresponde al día primero (1°) de febrero de 2006 y por ello las cotizaciones se registran en forma continua a partir del 2 de febrero del referido año. Esta situación fue puesta en conocimiento de forma escrita a la usuaria los días 31 de agosto y 18 de octubre de 2006.

6.3 Pruebas

- Folio 1, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María del Carmen Avella Fonseca, así como de la prescripción de Incapacidad por licencia de maternidad expedida por la accionante el 18 de agosto de 2006.

- Folios 6 a 8, cartas remitidas a la accionante por parte de SUSALUD E.P.S. de fechas 31 de agosto y 18 de octubre de 2006, en los que se pone de presente los motivos por los cuales no se entra a reconocer y pagar la prestación económica por concepto de licencia de maternidad.

- Folios 9 a 11, fotocopia del formulario de afiliación y novedades a la E.P.S. de SUSALUD E.P.S., tramitado por la accionante como cotizante independiente con fecha de febrero 2 de 2006. Así mismo fotocopia de los diferentes recibos de pago de las cotizaciones correspondientes a los meses de noviembre de 2005 a septiembre de 2006.

- Folio 12, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento No. 40285946 en el que se registra a la menor Diana Carolina Mosso Avella como hija de la señora Avella Fonseca.

6.4 Sentencias objeto de revisión

a. En sentencia del 4 de diciembre de 2006, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, negó el amparo solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que la misma accionante reclama como vulnerado su derecho a la seguridad social, el cual advierte por su connotación

económica no puede ser protegido, ordenando el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por ella reclamada, en tanto es claro, que operó una interrupción en las cotizaciones que debía hacer la accionante para que dicha prestación le fuera reconocida.

a. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, el cual en providencia del 5 de febrero de 2007 confirmó la decisión de primera instancia, considerando que la accionante puede acudir ante la justicia laboral a fin de lograr la protección de sus derechos.

7. EXPEDIENTE T-1555177

7.1 Hechos

* Yiceth Paola Ramos Morán interpuso acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. al considerar violados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

* Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada a la E.P.S. de Saludcoop en calidad de cotizante dependiente por ser trabajadora de la empresa Inversiones Santa Rosa.

* El 18 de abril de 2006 dio a luz, y desde ese día inició su incapacidad por licencia de maternidad.

* Sin embargo, el 3 de agosto de 2006, la E.P.S. accionada le informó que no le sería reconocida la prestación económica por concepto de la referida licencia de maternidad, por cuanto los pagos de las cotizaciones no se habían hecho de manera oportuna.

- Por lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales conculcados, y para

ello pide se ordene a Saludcoop E.P.S. el pago de la referida licencia de maternidad.

7.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito del 26 de septiembre de 2006, la Directora Seccional de Saludcoop E.P.S. intervino en la presente acción de tutela, exponiendo los motivos por los cuales dicha E.P.S. negó el reconocimiento de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad a favor de la señora Yiceth Paola Ramos Morán.

Indicó dicha funcionaria que ciertamente la accionante se encuentra afiliada al SGSSS como cotizante activa y con 163 semanas de cotizaciones, además de encontrarse al día en los pagos. No obstante, el pago de la referida licencia de maternidad no se pudo autorizar por cuanto varias de las cotizaciones no se efectuaron de manera oportuna, y como lo señala la legislación sobre el tema se deben haber efectuado cotizaciones de manera oportuna cuando menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) anteriores a la fecha de causación del derecho.

Así, verificada la información por el departamento de cartera se pudo advertir que el pago de las mencionadas cotizaciones se hizo de manera discontinua, afectando de esta manera, la causación de la prestación. Sin embargo, ello no significa que la accionante quede desamparada en la atención en salud, sino que tan solo la prestación económica por ella reclamada, no le corresponde asumirla a dicha E.P.S., sino a su empleador tal y como lo establece el artículo 3 del Decreto 047 de 2000.

7.3 Pruebas

* Folio 2, Incapacidad médica por licencia de maternidad expedida el 19 de abril de 2006 por un médico de la Organización Clínica General del Norte S.A.

* Folio 3, certificado de licencia de maternidad expedido por la E.P.S. Saludcoop.

* Folio 4, Liquidación de Prestaciones Económicas expedida el 3 de agosto de 2006 por Saludcoop E.P.S., en la cual se niega reconocimiento económica de la licencia de maternidad reclamada por la señora Ramos Morán justificada en el pago de cotización no oportuno por “mal hábito de pago”.

- Folio 6 fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Yiceth Paola Ramos Morán.

7.4 Sentencia objeto de revisión

a. El Juzgado Primero Civil Municipal de Soledad - Atlántico, mediante sentencia del 3 de octubre de 2006 procedió a negar la tutela en cuestión. Señaló el a quo que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la licencia de maternidad deberá reclamarse o exigirse dentro del término que dure la referida licencia de maternidad, es decir doce semanas, término luego del cual resulta improcedente reclamar el pago de la misma por vía de la acción de tutela.

En el presente caso, la accionante presentó la acción de tutela el 19 de septiembre de 2006, mucho tiempo después de que se hubiere agotado el término de su licencia de maternidad, el cual había comenzado a correr desde el 19 de abril. Por tal razón se negó la tutela.

a. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), el cual en sentencia del 22 de noviembre de 2006, confirmó la decisión de primera instancia.

El juez de segunda instancia hizo mención al concepto de mínimo vital introducido por la Corte Constitucional para sustentar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales en los casos en que la madre y el menor recién nacido dependan, para su desarrollo integral, de los recursos provenientes del reconocimiento de la licencia de maternidad como prestación económica, y para garantizar tal derecho debe aportarse prueba de tal vulneración.

Así, consideró el ad quem, que en el presente caso no aparece prueba en el expediente que

demuestre la afectación del mínimo vital de la accionante y su hijo recién nacido, razón por la cual, podrá la actora acudir ante la justicia ordinaria para reclamar el reconocimiento de tal prestación social.

8. EXPEDIENTE T-1567130

8.1 Hechos

- La señora Ruby Regina Pacheco Ortega promovió acción de tutela en contra de la E.P.S. Salud Total, al considerar que dicha entidad le vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la especial protección a la mujer embarazada y a su hijo.

- El 28 de abril de 2006 dio a luz a su hija Talina Rosa Fernández Pacheco. Consecuencia de dicho parto, le fue expedida la correspondiente licencia de maternidad.

- Días después del parto, la actora se acercó a las oficinas de la E.P.S. Salud Total a fin de tramitar el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, allí se le informó, que dicha prestación económica no sería cancelada por no reunirse los requisitos para ello.

- El 28 de junio de 2006, y mediante petición por escrito, la accionante insistió ante la E.P.S. de Salud Total para que le fuera reconocida y pagada su licencia de maternidad. Ante tal petición la E.P.S. mencionada le manifestó lo siguiente:

* Que revisada la base de datos de su afiliación, se estableció que su última afiliación se hizo el 24 de febrero de 1999 como cotizante dependiente de la empresa ULTRA Ltda., reportando sin embargo un retiro el 31 de diciembre de 2000, luego de lo cual aparecen varios ingresos y retiros.

* Que para el 12 de enero de 2005, se reportó un nuevo ingreso al SGSSS, teniendo como empleador a la empresa ULTRA Ltda., dándose su posterior retiro el 31 de julio del mismo año.

* Sin embargo, se presenta un nuevo ingreso “algunas horas después” con fecha 1° de agosto. Frente a este último ingreso se produjo un nuevo retiro el 31 de agosto, reingresando nuevamente el 1° de septiembre. En esta oportunidad, la accionante señala que la referida E.P.S. le manifestó que del mes de agosto tan solo se le cancelaron como cotización el equivalente a 10 días de aportes, razón por la cual la accionante no entiende que si se deben cotizar 30 días, como es posible que dicha E.P.S. reciba el pago de tan solo 10 días.

* De esta manera, advierte la accionante que nunca ha dejado de cotizar al SGSSS a través de la E.P.S. Salud Total, además de que sus pagos siempre han sido oportunos y consecutivos.

* Ante tal circunstancia, la accionante señala que el no pago de su licencia de maternidad afecta gravemente su precaria situación económica, máxime cuando su único ingreso esta representado en el salario mínimo mensual que devenga como trabajadora de la empresa ULTRA Ltda.

* Por las anteriores razones, la peticionaria solicita la protección de sus derechos fundamentales, y para ello solicita que se ordene a la E.P.S. de Salud Total para que a la mayor brevedad posible imparta la orden de pago de la licencia de maternidad a la que tiene derecho.

8.2 Contestación de la entidad demandada

a. En documento suscrito por el gerente y representante judicial para la sucursal de la ciudad de Barranquilla, y que fuera recibido por el juzgado de conocimiento el 8 de agosto de 2006, la entidad accionada -E.P.S. Salud Total-, dio respuesta a esta acción de tutela en los siguientes términos:

- En efecto, la señora Ruby Regina Pacheco Ortega registra como última afiliación al SGSSS a través de Salud Total E.P.S. el día 1° de agosto de 2005, en condición de cotizante

dependiente del empleador ULTRA Ltda.

* El período de gestación de la accionante fue de treinta y ocho (38) semanas.

* Así, para la fecha del parto, que fue el 28 de abril de 2006, la accionante contaba con treinta y cinco (35) semanas de cotizaciones continuas al SGSSS. El estado actual de la accionante en el SGSSS es “Activo”.

* “Es claro y ello debe tenerse muy en cuenta al momento de realizar el estudio del caso sub-examine que a partir del mes de septiembre de 2005 deben empezarse a contar el número de las semanas de cotización que de conformidad con lo establecido por la Ley deben reunirse a fin de acceder al pago de la prestación de licencia de maternidad, de donde puede colegirse fácilmente que si la actora solo cotizó al Sistema entre Septiembre (10 días) y el 28 de abril de 2006 (fecha en la cual ocurrió el parto) aproximadamente 35 semanas, y su período de gestación fue de 38 semanas.

“Es de anotar que el hecho de que la accionante estuviese afiliada desde el día 24 de febrero de 1999 no implica per-se que su afiliación y consecuencial pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud hubiese sido ininterrumpido toda vez que cada interrupción por cambio de empleador no continuo, genera un nuevo computo para efectos de la liquidación de la prestación económica de licencia de maternidad en la forma prevista por la Ley, ...”

* Seguidamente, Salud Total expone numerosos argumentos jurídicos que la liberan de la obligación de reconocer el pago de la reclamada licencia de maternidad, por no cumplirse por parte de la accionante los requisitos que la ley exige para el pago de una prestación de esta índole. Además, advierte que dicha E.P.S. ha prestado los servicios médicos que ha requerido la señora Pacheco Ortega, en especial los reclamados con ocasión de su

maternidad, aclarando si, que la prestación de dichos servicios se encuentren dentro del marco prestacional estipulado por la normatividad que regula el SGSSS.

* Advierte también acerca de la improcedencia de la acción de tutela, pues indica que de conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 047 de 2000, cuando no se cumplan los requisitos establecidos por la ley para que la E.P.S. reconozca la prestación económica por concepto de licencia de maternidad, deberá el empleador asumir la obligación de cancelarle la licencia a la trabajadora.

* Así, en el entendido de que la accionante no cotizó el mismo número de semanas que el período que duró su gestación, será entonces el empleador quien deba asumir dicha obligación económica.

* De esta manera, el juez de tutela no podrá obligar a la E.P.S. a asumir el pago de una prestación económica sin el cumplimiento de los requisitos de ley, pues de hacerlo estaría generando una indebida destinación de los recursos públicos.

* Finaliza su intervención, señalando como petición subsidiaria, que si el juez de tutela accede a la petición de esta acción de tutela, y ordene el pago de la referida licencia de maternidad, que dicha orden imponga la obligación de hacer dicho reconocimiento y pago, de manera proporcional a las semanas cotizadas de manera ininterrumpida. (Negrilla y subraya fuera del texto original).

b. El juez de primera instancia solicitó la intervención de la empresa ULTRA Ltda., empleador de la accionante, quien de manera oportuna intervino señalando que en efecto dicha empresa tiene como trabajadora suya a la accionante Pacheco Ortega y que ha efectuado de manera ininterrumpida y puntual los respectivos pagos por concepto de cotizaciones salud,

situación que se ha venido haciendo desde el 24 de febrero de 1999. Por tal razón, la accionante tenía cotizaciones por más de 39 semanas continuas al momento de darse el parto el 28 de abril de 2006.

Advierte finalmente, que no entiende cómo los jueces de instancia nunca tuvieron en cuenta la petición subsidiaria hecha por la E.P.S. Salud Total en el sentido de que se reconociera la licencia de maternidad de manera proporcional a las semanas cotizadas de manera ininterrumpida.

8.3 Pruebas

* Folio 9, certificado de incapacidad general generado por el médico tratante expedido el 28 de abril de 2006 a favor de la señor Ruby Regina Pacheco Ortega.

* Folio 10, fotocopia del carné de afiliación de la señora Ruby Regina Pacheco Ortega a la E.P.S. Salud Total, con fecha de ingreso 24 de febrero de 1999.

* Folios 10 a 15, fotocopia de la Historia clínica de la señora Pacheco Ortega, que existe en la Clínica La Merced I.P.S. de la ciudad de Barranquilla. En ella se consta que el período de gestación del embarazo de la actora fue de treinta y ocho (38) semanas.

* Folios 16 a 18, respuesta entregada el 17 de julio de 2006 a la señora Pacheco Ortega por parte de la E.P.S. Salud Total ante la petición de reconocimiento de la licencia de maternidad que le hiciera la mencionada afiliada.

* Folios 20 a 33, fotocopias de los formularios de autoliquidación de aportes hechos por la empresa Ultra Ltda. a la E.P.S. Salud Total, correspondientes a los meses de agosto a

diciembre de 2005 y enero de 2006.

* Folio 34, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Ruby Regina Pacheco Ortega.

* - Folios 117 a 127, fotocopias los formularios de autoliquidación de aportes hechos por la empresa Ultra Ltda. a la E.P.S. Salud Total, correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2005 y enero a julio de 2006.

8.4 Sentencias objeto de revisión

a. El 14 de agosto de 2006, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Barranquilla resolvió negar la tutela en cuestión. Consideró el a quo que vistas las pruebas que obran en el expediente existen dos circunstancias que no hacen posible el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por ella reclamada. Por una parte, por cuanto las semanas cotizadas fueron menos que las semanas de gestación. Y en segundo lugar, por cuanto los pagos de las referidas cotizaciones no fueron oportunos.

b. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, el cual en providencia del 21 de septiembre de 2006, confirmó la decisión de primera instancia, con base en similares argumentos a los expuestos por el juez de primera instancia.

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral cuarto que por Secretaría General, se oficiara a la empresa ULTRA Ltda., para que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico que se plantea en esta acción de tutela.

De esta manera, mediante oficio de fecha 31 de mayo la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Sustanciador la intervención hecha por la gerente de la empresa ULTRA Ltda.

Indica la señora Cecilia Gutiérrez Vitoria, gerente de la empresa Ultra Ltda.. que en efecto la accionante es trabajadora de esa empresa, y que una vez terminaba un vínculo laboral se procedía a su desafiliación, y una vez regresaba a la empresa nuevamente se le afiliaba al SGSSS. Sin embargo, la accionante en ningún momento comentó su condición de mujer embarazada caso en el cual no se hubiera procedido a su desvinculación y se le hubiera garantizado así el respeto su estabilidad laboral reforzada

“... llama la atención la manera equivocada y extraña como la EPS SALUD TOTAL afectando el importante principio de la inescindibilidad de la ley argumenta que como ella no esta obligada a cancelar la incapacidad, le corresponde al empleador asumirla, según argumento que obra en el expediente a folio 79, cuando en busca de una incomoda persuasión elimina hechos y consecuencias de la norma citada al expresar:

‘ Este artículo introduce un nuevo elemento y es que cuando exista una relación laboral y se haya cotizado durante un período inferior al de la gestación, deberá el empleador asumir la obligación de cancelarle la licencia a la trabajadora.’

“Lo que ha dicho la norma en el artículo 3° del decreto 047 de 200 es: ‘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 a cargo del sistema general de la seguridad social en salud’ (Negrilla fuera del texto).

“Como se observa del texto de la norma no puede ser una invitación al reconocimiento y pago automático cuando eso no lo expresa la misma, pues en el caso en particular y mientras subsistió la relación jurídica laboral, mi representada jamás eludió o evadió la responsabilidad de cancelarle a la actora sus aportes correspondientes a la seguridad social ni menos existió la mala fe de hacerlo al no cotizar lo correspondiente a ley.”

Posteriormente, anota la gerente de ULTRA Ltda.. que “no se entiende como ninguna de las instancias tuvo en cuenta la petición subsidiaria que realizó la EPS Salud Total cuando solicitó el pago proporcional de la licencia de maternidad de acuerdo con el número de semanas cotizadas ininterrumpidamente, cuando ya la Honorable Corte Constitucional se había pronunciado sobre el particular en tutela 1243/05.....”

Finaliza su intervención señalando, que si se atiende la valoración jurídica hecha por la Corte Constitucional a casos similares al presente, le corresponderá a la E.P.S. Salud Total, asumir de manera proporcional el pago de la mencionada licencia de maternidad.

9. EXPEDIENTE T-1572922

9.1 Hechos

- La señora Cristina Isabel Alfaro Vargas interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Salud Total, al considerar que ésta entidad le vulneró sus derechos fundamentales a la protección especial de la mujer y los derechos fundamentales de los niños.

* Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada como trabajadora independiente a la E.P.S. de Salud Total, a través de la cual realiza sus cotizaciones en salud, teniendo como base de liquidación un salario mínimo mensual vigente.

* Señala que el 24 de marzo de 2006 dio a luz a una niña, razón por la cual para el día 17 de abril de ese mismo año, solicitó a la referida E.P.S. el pago de la correspondiente licencia de maternidad.

* No obstante tal petición, le fue negada por la E.P.S. Salud Total. Frente a esta negativa la misma accionante afirma que ha venido haciendo los pagos por cotización de conformidad con la ley, y que si bien en algunas oportunidades dichos pagos no se hicieron de manera puntual, ello no es óbice para que dicha prestación social no le sea reconocida.

* De esta manera, y en el entendido que es una trabajadora que devenga tan solo un salario mínimo mensual, requiere que le sea pagada la mencionada licencia de maternidad dadas las condiciones de pobreza en que vive, y máxime cuando tiene que velar por su pequeña hija. Por estas razones, solicita la protección de los derechos fundamentales ya indicados, y

para ello, pide que se ordene a la E.P.S. de Salud Total, que le pague la licencia de maternidad.

En escrito de fecha 28 de noviembre de 2006, la E.P.S. de Salud Total representada en esa oportunidad el gerente y representante judicial para seccional de Barranquilla de la referida entidad, intervino en esta tutela.

En un extenso documento el representante de la E.P.S. de Salud Total señala lo siguiente:

- En efecto la señora Cristina Isabel Alfaro Vargas se encuentra afiliada al SGSSS a través de esta E.P.S. desde el 1° de noviembre de 2005, fecha de su última afiliación, la cual hizo como trabajadora independiente, conservando en la actualidad la condición de afiliada activa.

- No obstante, los motivos que llevaron a negar el reconocimiento de la referida licencia de maternidad están dados en que las semanas cotizadas fueron menos que las semanas que duró su período de gestación. En efecto, si se toma la fecha de afiliación de la accionante (1° de noviembre de 2005) y la fecha en que se dio el parto (24 de marzo de 2006), es claro que la accionante efectuó cotizaciones por tan solo veintisiete (27) semanas y un (1) día, mientras que su período de gestación fue de treinta y nueve (39) semanas.

- Seguidamente expuso los argumentos de la improcedencia de la acción de tutela en contra de la E.P.S. Salud Total, haciendo especial mención al hecho de que no se cumplía por parte de la accionante con los requisitos legales para reclamar el pago de la licencia de maternidad.

- Expuso igualmente el deber que tiene el juez de tutela de evitar que se haga un uso indebido de los recursos públicos, evitando impartir órdenes a dicha entidad en el sentido de proceder a la cancelación efectiva de la prestación económica que por licencia de maternidad debe reconocerle a la accionante.

- Finalmente, y como una petición subsidiaria plantea, que en el eventual caso de que se conceda el amparo constitucional solicitado, el pago de la licencia de maternidad reclamada se haga en proporción a las semanas cotizadas de manera ininterrumpida.

9.3 Pruebas

- Folio 6, incapacidad médica por concepto de licencia de maternidad, expedida por un médico de la Clínica Reina Catalina de la ciudad de Barranquilla.
- Folio 7, epicrisis del procedimiento médico prestado a la accionante el día 24 de marzo de 2006.
- Folio 8, certificado de licencia de maternidad expedido por la E.P.S. Salud Total en el que se constata que el periodo de gestación de la accionante fue de 39 semanas.
- Folio 9, formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, expedido por Salud Total, en el cual se advierte que la accionante cotizó al SGSSS tan solo treinta (30) semanas y que su período de gestación fue de treinta y nueve (39) semanas, por lo cual no se reconoce la prestación económica por este concepto.
- Folios 10 a 19, desprendibles de los formularios de autoliquidación de aportes al SGSSS que corresponden a los meses septiembre a diciembre de 2005 y a enero, febrero, marzo, abril, agosto, septiembre y octubre de 2006.

9.4 Sentencias objeto de revisión

a. El Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Barranquilla en sentencia del 5 de diciembre de 2006, concedió el amparo solicitado. Consideró el a quo que en el presente caso no se aprecia la afectación del derecho a la salud por cuanto las prestaciones médicas que la accionante ha requerido le han sido prestadas. En cuanto al mínimo vital se advierte que ciertamente lo que reclama la accionante es el pago de una prestación económica que le va a permitir garantizar la supervivencia de su hija, reclamación a la cual tiene todo el derecho en virtud de la especial protección constitucional a su condición de madre.

Así, se ordenó a la E.P.S. Salud Total que pague a la accionante la prestación económica que por licencia de maternidad tiene derecho la señora Alfaro Vargas, garantizándose así su derecho al mínimo vital. Con todo, la E.P.S. podrá repetir contra el Estado con cargo al FOSYGA.

b. Impugnada la anterior decisión por la E.P.S. de Salud Total, conoció el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla el cual en sentencia del 24 de enero de 2007, revocó la decisión de primera instancia y en su lugar, negó el amparo solicitado.

Consideró el ad quem que revisado el material probatorio que obra en el expediente en particular los formularios de autoliquidación de aportes en salud, se pudo advertir que la accionante cotizó cuatro (4) semanas como trabajadora dependiente de Asesorías Altira y posteriormente cotizó veintisiete (27) semanas como trabajadora independiente, con lo cual sumaba un total de treinta y una (31) semanas de cotizaciones al SGSSS, lo cual sin embargo, es un número inferior a las treinta y nueve (39) semanas que duró la gestación.

De ésta manera, se advierte que no se cumplió con los requisitos legalmente establecidos para que se procediera al reconocimiento de la licencia de maternidad, en tanto se exige que por lo menos las semanas cotizadas al SGSSS sea igual al número de semanas de la gestación. Por lo anterior, se revocó la decisión y se negó la tutela.

9.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral sexto que por Secretaría General, se oficiara a la señora Cristina Isabel Alfaro Vargas para que informara a esta Corporación, desde cuando se encuentra afiliada al SGSSS y en especial a Salud Total E.P.S.

a. Frente a este requerimiento la señora Cristina Isabel Alfaro Vargas no dio respuesta alguna.

a. Por su parte la E.P.S. Salud Total intervino nuevamente remitiendo en esta oportunidad un documento de 14 folios, suscrito por el representante legal suplente de dicha E.P.S. en su sucursal de Barranquilla, en el cual expone de manera general los mismos argumentos reseñados en su intervención al inicio del trámite de ésta acción de tutela.

Con todo advierte finalmente, que se esta ante un HECHO SUPERADO, por cuanto la licencia de maternidad reclamada por la accionante le fue efectivamente cancelada el día veintidós

(22) de diciembre de 2006 con cheque No. 1189, y recibido por la misma señora Alfaro Vargas, razón por la cual debe cesar esta acción por sustracción de materia.

10. EXPEDIENTE T-1575081

10.1 Hechos

- La señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano interpuso acción de tutela en contra de COOMEVA E.P.S., por considerar que le habían sido violados sus derechos fundamentales a la especial protección a la mujer embarazada y los derechos fundamentales de los niños.

* Advierte la accionante que se afilió a COOMEVA E.P.S. en condición de trabajadora de CORPODESA en el mes de mayo de 2005 hasta el mes de noviembre de ese mismo año.

* Reinició sus cotizaciones en el mes de febrero de 2006 en condición de trabajadora independiente, afiliación que ha mantenido hasta el momento.

* El 26 de agosto de 2006, dio a luz a su hijo José Carlos Nieto Blanquicett en la Clínica El Prado de la ciudad de Barranquilla y desde es momento solicitó a COOMEVA E.P.S. el reconocimiento y pago de la prestación económica por concepto de la licencia de maternidad a que tiene derecho. Sin embargo, la referida E.P.S. le negó tal prestación en escrito del 13 de octubre de 2006.

* Frente a esta circunstancia, la accionante considera que la mencionada E.P.S. le ha vulnerado sus derechos fundamentales ya señalados, razón por la cual acude por vía de la acción de tutela para obtener su protección y para que se ordene a la COOMEVA E.P.S. al reconocimiento y pago de la mencionada licencia de maternidad.

10.2 Contestación de la entidad demandada

La E.P.S. COOMEVA no intervino en la presente acción de tutela.

10.3 Pruebas

- Folio 1, carta suscrita por el Coordinador Ejecutivo Empresarial de COOMEVA E.P.S. con sede en Soledad (Atlántico), y de fecha 13 de octubre de 2006, en la cual da respuesta a una petición presentada a dicha entidad por parte de la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano. El contenido de dicho documento es el siguiente:

“En atención a su derecho de petición recibido en nuestras oficinas referente al pago de la licencia de maternidad N° 3189179, queremos realizar las siguientes observaciones:

“Usted se encuentra vinculada en nuestra EPS con los siguientes últimos dos contratos:

* CORPODESA Y/O LICEO METROPOLITANO TERESA DE JESUS: Radicada desde el 01 de Mayo de 2005 fecha de retiro 30 de Noviembre de 2005.

* INDEPENDIENTE: Radicada desde el 01 de Febrero de 2.006 (contrato actual)

“Es importante recordarle que cuando terminó el contrato de CORPODESA Y/O LICEO METROPOLITANO TERESA DE JESUS el 30 de Noviembre de 2005 y se afilia nuevamente con el contrato de INDEPENDIENTE el 01 de Febrero de 2006, dejó de cotizar por espacio de 2 meses, por lo tanto no cumple con el requisito establecido en el Dec. 047 de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“La Ley 100 de 1993 establece que las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de la maternidad son asumidas por las Empresas Promotoras de Salud, incluidas en el Plan Obligatorio de Salud POS, sin embargo, la misma ley y sus decretos reglamentarios plantean una serie de requisitos, necesarios para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

“El art. 3 numeral 2 del Decreto 047 de 2000 se establece: ‘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 económica, conforme a 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 a la gestación en curso o no se cumpla con las condiciones prevista dentro del régimen control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.’

Basado en lo anteriormente expuesto, la licencia de maternidad solicitada no podrá ser autorizada por nuestra E.P.S.”

* Folio 2, Certificación expedida por la Subdirección Médico Asistencial de la Fundación Médico Preventiva Clínica El Prado de fecha 31 de octubre de 2006, en la que se indica que allí le fue atendido el parto de la señora Consuelo Blanquicett Zambrano el día 25 de agosto de 2006, obteniéndose un producto único vivo prematuro de sexo masculino.

* Folio 3, Registro Civil de Nacimiento No. 40542099 en el que se registra al menor José Carlos Nieto Blanquicett, como hijo de la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano, y nacido el 25 de agosto de 2006.

* Folios 4 y 5, copia de los formularios de afiliación a COOMEVA E.P.S. de fechas 13 de mayo de 2005 cuando la accionante era trabajadora de CORPODESA y del 15 de febrero de 2006 en condición de afiliada independiente.

10.4 Sentencia objeto de revisión

El 5 de diciembre de 2006, el Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla negó la tutela en cuestión. Consideró el juez de instancia que la accionante no aportó pruebas al plenario con

las que pueda demostrar que en el período comprendido entre noviembre de 2005 y agosto de 2006 hubiere hecho las cotizaciones pertinentes al SGSS para reclamar de éste el pago de la licencia de maternidad. Por el contrario, de las manifestaciones hechas por la misma accionante, se advierte que no cotizó las mismas semanas que el período que duró su gestación, o sea treinta y seis (36) semanas como establece el Decreto 047 de 2000 y la misma Ley 100 de 1993. Así, queda demostrado que la accionante no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley, pues el pago de las cotizaciones es indispensable para adquirir el derecho a la cancelación de la prestación económica por licencia de maternidad.

11. EXPEDIENTE T-1575810

11.1 Hechos

- La señora Nancy Agudelo Londoño promovió acción de tutela contra SALUD TOTAL E.P.S. por considerar que dicha E.P.S. le vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad, a la protección a la mujer embarazada, a la igualdad y los derechos fundamentales de los niños, al haberle negado el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad.

* Señala que se encuentra afiliada desde hace varios años al SGSSS a través de la E.P.S. de SALUD TOTAL, y que en los dos últimos años ha laborado para las empresas C.I. INVEXPORT S.A. y C.I. S.A., además de cumplir oportunamente en todo el tiempo que lleva afiliada con el pago de los aportes correspondientes.

* El 12 de mayo de 2006, comenzó a gozar de la incapacidad por licencia de maternidad, al haber dado a luz a un niño.

* Aún cuando siempre hizo los aportes en salud de manera oportuna, y de acumular aporte por más de doce meses para el momento de su parto, la referida E.P.S. le negó el reconocimiento de la prestación económica de maternidad.

* En efecto, en comunicación del 18 de julio de 2006, SALUD TOTAL E.P.S. justificó tal negativa en el hecho de que la accionante no cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación, en tanto no se advierte la cotización correspondiente al mes de septiembre de 2005, fecha para la cual laboraba en la empresa C.I. INVEXPORT. S.A.

* Con la negativa a reconocer dicha licencia de maternidad, se afectan gravemente las condiciones mínimos de vida digna de la accionante y de su hijo recién nacido, pues en tanto la actora depende económicamente de su salario, el no percibir ingreso por 84 días, significaría exponerse junto con su hijo a una grave situación económica y de salud.

* Por todo lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y para ello, pide que se ordene a la E.P.S. SALUD TOTAL que reconozca y pague la licencia de maternidad.

11.2 Contestación de la entidad demandada

Mediante escrito recibido por el juez de conocimiento el día 25 de septiembre de 2006, el representante judicial de la E.P.S. Salud Total, dio respuesta a la presente acción de tutela, en los siguientes términos:

- Que revisado el sistema de información de esa entidad, se pudo determinar que la accionante se afilió al SGSSS a través de esa E.P.S. el 10 de noviembre de 2004, contando en la actualidad con 89 semanas de cotizaciones.

- Si bien la accionante dio a luz a su hijo el pasado 12 de mayo de 2006, la prestación económica por concepto de la licencia de maternidad, no se le puede reconocer, por cuanto los pagos de las cotizaciones se hicieron a destiempo, es decir, por fuera de las fechas límites establecidas para ello, lo que no significa que la accionante no tenga derecho al pago de la referida licencia, sino que en esta eventualidad, será ella misma quien deba asumir dicha prestación.

- Además, en el entendido de que las normas que regulan el tema de la seguridad social, son normas de orden público, el cumplimiento de las mismas debe ser exacto, razón por la cual la actuación cumplida por la E.P.S. Salud Total, se enmarca en las mismas y es legítima. Por el contrario, si las E.P.S. procedieran a reconocer y pagar licencias de maternidad sin el lleno de los requisitos legales, se estaría haciendo una indebida destinación de recursos públicos.
- La no cancelación de la licencia de maternidad reclamada por la accionante, no comporta una afectación de derecho fundamental alguno, máxime cuando la reclamación recae sobre una obligación de carácter prestacional, respecto de la cual existen mecanismos ordinarios judiciales para hacer efectivo su cumplimiento.
- Por todas las anteriores razones, ésta acción de tutela resulta improcedente.

11.3 Pruebas

- Folio 10 fotocopia del Certificado de Licencia de Maternidad generada por la E.P.S. de SALUD Total, en la cual señala que la accionante tuvo 36 semanas de gestación y que no se pagará la licencia de maternidad.
- Folios 11 y 12, fotocopia de carta de fecha 18 de julio de 2006, suscrita por la Coordinadora del Servicio al Cliente de la E.P.S. Salud Total, Sucursal Medellín en la cual señala que en carta anexa se encuentra especificado el mes en el que no se realizó pago por concepto de cotización en salud, lo que motivó al no reconocimiento de la referida licencia de maternidad.
- Folio 12, fotocopia de carta dirigida el 24 de junio a la empresa Comercializadora Internacional .S.A., en la que señala que para que la licencia de maternidad tenga reconocimiento económico debe ser continuos los aportes y en el sistema aparecen pagos hasta agosto 4 de 2005 y el otro aporte con la comercializadora a partir de octubre 10 de 2005, además de que aparece contrato sin cerrar con la empresa C.I. INVEXPORT. con NIT 800126603. Por este motivo al no aparece el aporte correspondiente al mes de septiembre, y teniendo en cuenta que los aportes tienen que ser continuos, la licencia de maternidad no tiene reconocimiento económico.

11.4 Sentencia objeto de revisión

En sentencia el 4 de octubre de 2006, el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín, negó el amparo constitucional solicitado. Señaló el juez de instancia que la accionante exponía como vulnerado su derecho al mínimo vital, lo cual no resulta ser cierto, por cuanto de las diferentes llamadas telefónicas hechas a su casa, tanto su hijo como hermana manifiestan que la accionante se encuentra laborando, por lo que se estima que su mínimo vital no se encuentra afectado.

Además, en el entendido que lo pretendido con esta acción de tutela es adelantar una reclamación de tipo económico, el camino apropiado para ello es la vía judicial ordinaria.

11.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

Mediante Auto de fecha 14 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión decidió practicar algunas pruebas respecto de unos expedientes y en otros ordenó la vinculación de algunas partes que podrían verse afectadas con la decisión que se llegare a tomar en el trámite de revisión surtido por esta Corte. Así, en el presente caso se ordenó en el numeral quinto, que por Secretaría General, se pusiera en conocimiento de la empresa C.I. INVEXPORT S.A., el contenido de la presente acción de tutela, a efectos de que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico planteado en la misma.

a. De esta manera en escrito recibido en esta Corporación el 19 de junio de 2007, el Liquidador de la empresa C.I. INVEXPORT S.A. -En Liquidación obligatoria-, intervino en esta acción de tutela en los siguientes términos:

“(…).

“A través del oficio número 155-2005-01-150048 del 16 de septiembre de 2005, la Superintendencia de Sociedades aceptó la promoción de un acuerdo de reestructuración a la sociedad C.I. INVEXPORT S.A.

“Por medio del auto 155-005214 del 31 de marzo de 2006, la superintendencia mencionada convocó a la sociedad al trámite de una liquidación obligatoria de los bienes que conforman su patrimonio.

“A partir del 1 de septiembre de 2005, la Señora Nancy Agudelo Londoño dejó de ser trabajadora de C.I. INVEXPORT S.A. y paso como trabajadora de Comercializadora

Internacional S.A. 'C.I.I. S.A.', como consecuencia de la Sustitución patronal que se efectuó entre ambas empresas, hecho que se comunicó a las diferentes entidades de la Seguridad Social y EPS Salud Total el 28 de septiembre de 2005.

“La mensualidad correspondiente al mes de agosto 2005 que se debía cancelar en el mes de septiembre de 2005 no fue pagada a EPS Salud Total por la empresa C.I: INVEXPORT S.A. por imposibilidad económica.

“En un proceso de liquidación obligatoria, en armonía con lo ordenado por la Ley 222 de 1995, los créditos causados antes de ésta, se pagan dentro de ella, una vez reconocidos, calificados, graduados y se llenen los demás trámites y formalidades tales como: El inventario de los bienes, el avalúo de los mismos, su aprobación, la autorización de la junta asesora, etc. EL LIQUIDADOR NO PUEDE EFECTUAR DICHOS PAGOS, SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS PREVIOS ANTERIORES. En estas condiciones, Salud Total ha debido presentar el crédito para su calificación.

“el 1 de noviembre de 2005, se envió carta a Salud Total reclamando porqué no estaba prestando los servicios, ni a los trabajadores que tenía vinculados, ni a aquellos que se habían vinculado a Comercializadora Internacional S.A. 'C.I.I. S.A.' como consecuencia de la sustitución patronal y no dio ninguna respuesta.”

Junto con este documento se anexaron la comunicación de aceptación del acuerdo de reestructuración; el auto de convocatoria a la liquidación; el auto de nombramiento del nuevo liquidador y la Carta enviada a Salud Total informando de la sustitución patronal y efectuando la respectiva reclamación por la suspensión en la prestación de servicios médicos a los afiliados.

b. por su parte, la E.P.S. Salud Total remitió a esta Corporación el día 25 de junio de 2007 un escrito en el que reitera los mismos argumentos que expusiera ante el juez de conocimiento en el trámite de esta acción de tutela.

12. EXPEDIENTE T-1575897

12.1 Hechos

- La señora Yulli Vanessa López Izquierdo interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S.

Servicio Occidental de Salud _S.O.S.- por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social.

* En un escueto escrito de demanda, la accionante manifiesta que hace dos (2) años se encuentra cotizando al SGSSS a través de la referida E.P.S.

* Manifiesta que hace dos meses (la tutela fue presentada el 17 de enero de 2007), dio a luz a su hijo, razón por la cual reclamó ante la E.P.S. S.O.S. el reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho, prestación económica que no le fue reconocida por la mencionada E.P.S.

Frente a esta situación la accionante considera violados su derechos y pide se ordene a la E.P.S. S.O.S. el reconocimiento y pago de la prestación económica de licencia de maternidad.

12.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito dirigido al juez de primera instancia, el apoderado judicial de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, solicitó que la presente acción de tutela fuera negada, exponiendo para ello las siguientes razones:

* Es cierto que la accionante se encuentra afiliada al SGSSS a través de la E.P.S. S.O.S. desde 29 de marzo de 2006, como cotizante independiente.

* El 20 de octubre de 2006 le fue expedida una licencia de maternidad en razón al parto ocurrido ese día, pero el pago de la prestación económica por este concepto no se hizo en tanto los pagos por cotización no se realizaron de manera oportuna en varias oportunidades. Además indicó que se rechazó igualmente el reconocimiento y pago de dicha prestación porque, según la información contenida en la base de datos de dicha E.P.S. se encontró que

la actora inició cotizaciones el 1° de marzo de 2006, por lo que a la fecha del parto (20 de octubre de ese mismo año), presentaba aportes por tan solo treinta y tres (33) semanas, cuando su periodo de gestación fue de treinta y nueve (39) semanas, siendo este un tiempo superior al cotizado. Así, es imposible hacer el reconocimiento económico que ahora se reclama.(Negrilla y subraya fuera del texto original).

12.3 Pruebas

- Folios 1 a 6, fotocopias de varios de los formularios de autoliquidación de aportes hechos por la señora Yulli Vanessa López Izquierdo a la E.P.S. Servicios Occidental de Salud en los que se advierte que las pagos se hacen con un salario base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente.

12.4 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali, en sentencia del 29 de enero de 2007, negó el amparo constitucional solicitado. Consideró esta instancia judicial, que en efecto la accionante incurrió en mora en el pago de los aportes correspondientes a varios de los meses, incumplimiento que impide el reconocimiento y pago de la anotada prestación social.

13. EXPEDIENTE T-1576786

13.1 Hechos

* La señora Indira Liliana Sánchez Romero instauró acción de tutela en contra de la E.P.S. de Comfenalco por considerar que dicha entidad le vulneró a ella y a su hijo recién nacido el derecho fundamental al mínimo vital, al haber negado el reconocimiento de la licencia de maternidad.

* Señala la actora que se encuentra actualmente laborando para la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión Empresarial, entidad a través de la cual viene haciendo sus aportes al

SGSSS por afiliación que hiciera a la E.P.S. de Comfenalco.

* El día 26 de agosto de 2006, la actora dio a luz a su hijo en la Clínica Central del Quindío. La accionante reclamó el pago de la correspondiente prestación económica, la cual sin embargo, le fue negada por la mencionada E.P.S.

* Comfenalco E.P.S., argumentó en su momento que la actora no cotizó durante todo el tiempo de su gestación, circunstancia que la accionante reconoce, pero que considera que el haber dejado de cotizar durante un mes, no es óbice para negarle el derecho a la prestación económica por licencia de maternidad. Agrega, que la entidad accionada desconoce así, su condición de mujer soltera, madre cabeza de familia cuya protección especial esta consagrada por la misma Constitución.

* Frente a las anteriores circunstancias, la accionante pide que se ordene a la E.P.S. de Comfenalco el reconocimiento y pago de la referida licencia de maternidad.

En una ampliación de los hechos, la accionante señala que su última vinculación al SGSSS lo hizo a partir del 23 de enero de 2006, y fue a través de la E.P.S. Comfenalco a la cual había estado afiliada en anteriores oportunidades.

Señala que no tenía conocimiento de que estaba embarazada hasta cuando en un consulta de urgencia el día 29 de enero de ese mismo año, le indicaron que tendía una amenaza de aborto y que para la fecha ya presentaba unas nueve (9) semanas de embarazo.

Advierte que siempre pagó muy puntualmente sus aportes a través de la Cooperativa Gestión Empresarial, y que en ningún momento presentó retraso en sus pagos.

Señala que la negativa del reconocimiento de la licencia de maternidad, lo justifica la E.P.S. en el hecho de que no se hicieron cotizaciones durante todo el período de gestación. Sin embargo, advierte que su parto se adelantó un mes en razón a complicaciones de salud.

En la actualidad la accionante vive en la casa de su hermana, y su único ingreso esta representado en lo poco que devenga como vendedora en el almacén de esa hermana, y que los recursos económicos percibidos los destina al sostenimiento de su hija y de ella, a cubrir la cuota mensual de aportes a salud y a colaborarle a su hermana con algunos gastos del mercado.

13.2 Contestación de la entidad demandada

* La accionante se encuentra afiliada a dicha E.P.S. Comfenalco desde 14 de febrero de 2006.

* La licencia de maternidad se generó el día 26 de agosto de 2006, razón por la cual a la fecha del nacimiento la usuaria contaba con treinta (30) semanas de cotizaciones al sistema, mientras que su período de gestación había sido de treinta y siete (37) semanas, como lo advierte el Certificado de Nacido Vivo.

* De esta manera, es claro que la accionante no cumplió con las condiciones legales para obtener el reconocimiento y pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad, requisitos consagrados en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000.

* Así, la accionante podrá reclamar el reconocimiento de esta prestación económica ante los jueces laborales del circuito, en tanto la acción de tutela no es la vía judicial adecuada para la discusión pretendida por la actora.

* De esta manera, es claro que la conducta adelantada por la E.P.S. Comfenalco está enmarcada dentro de las obligaciones legales y contractuales adquiridas con el Sistema de

Seguridad Social en Salud.

13.3 Pruebas

- Folios 3 y 4, fotocopia del formulario de afiliación de la accionante al SGSSS a través de la E.P.S. de Comfenalco, así como de un formulario de autoliquidación de fecha 5 de septiembre de 2006.
- Folio 5, fotocopia del Certificado de Incapacidad o Licencia de Maternidad expedido el 6 de septiembre de 2006 por la E.P.S. Comfenalco.
- Folio 6, Registro Civil de Nacimiento No. 35620960 en el que consta que el día 26 de agosto de 2006 nació la menor Conny Sánchez Romero hija de la señora Indira Liliana Sánchez Romero.
- Folio 7, fotocopia del Certificado de Nacido Vivo de la hija de la señora Indira Liliana Sánchez Romero, quien nació el 26 de agosto de 2006 luego de un período de gestación de treinta y siete (37) semanas.
- Folios 8 a 21, fotocopia de los formularios de autoliquidación de aportes hechos por la accionante a través de la Cooperativa Gestión Empresarial CTA y de las respectivas planillas de pagos, todas ellas correspondientes a los meses de marzo a septiembre de 2006.
- Folio 36, fotocopia del formulario de afiliación a la E.P.S. Comfenalco suscrito por la accionante y correspondiente a la afiliación hecha por la actora el 14 de febrero de 2005.
- Folio 38, fotocopia de informe sistematizado de los aportes hechos por la señora Indira Liliana Sánchez Romero, correspondiente a los meses de febrero a noviembre de 2006.
- Folios 39 a 55, Carta del gerente de la Cooperativa Gestión Empresarial CTA dirigida al juez de instancia en la que confirma que la accionante esta afiliada a dicha cooperativa, que esta misma entidad pagó de manera puntual a la E.P.S. Comfenalco los aportes a salud hechos por la accionante. Se adjuntan tanto fotocopia de los formularios de autoliquidación de aportes como las planillas de pago efectuados entre los meses de febrero a septiembre de 2006.

13.4 Sentencias objeto de revisión

a. En sentencia del 28 de noviembre de 2006, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Armenia negó el amparo solicitado. Consideró el a quo que de conformidad con un precedente jurisprudencial y teniendo en cuenta las normas que regulan la materia así como los hechos y las pruebas que obran en el expediente, es claro que la accionante no cumple con los requisitos para que le sea reconocida y pagada su licencia de maternidad. Recuérdense que la accionante tan solo hizo aportes por espacio de 30 semanas, mientras que su período de gestación se extendió por 37 semanas, con lo cual no habría derecho al reconocimiento de la alegada licencia de maternidad.

a. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia, el cual, en sentencia del 1° de febrero de 2007, confirmó la decisión de primera instancia.

Advierte el ad quem que en le presente caso, lo efectivamente pretendido por la accionante es la protección de su derecho fundamental al mínimo vital. Además, de lo obrante en el expediente no se advierte que tal derecho se hubiere vulnerado por el simple hecho de que la E.P.S. Comfenalco no le hubiere cancelado la licencia de maternidad, máxime cuando la accionante no cumplió con los requisitos legales establecidos para que le fuera reconocida la licencia de maternidad, pues las semanas por ella cotizadas fueron menos que las semanas que duró su período de gestación.

14. EXPEDIENTE T-1579127

14.1 Hechos

* Luz Adriana Arboleda Rueda interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. Comfenalco y de la Cooperativa COOMEI, al considerar que estas entidades le vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la maternidad y al mínimo vital al negarle el pago de la licencia de maternidad.

* La accionante se afilió al SGSSS desde junio de 2005, efectuando sus aportes a través de la Cooperativa COOMEI.

* El día 26 de marzo de 2006, la accionante dio a luz a su hijo. No obstante la cooperativa Coomei la retiró de la E.P.S. en los meses de abril y mayo de ese mismo, justificado en el hecho que hubo terminación del contrato. Sin embargo, fue nuevamente vinculada al SGSSS a través de la misma E.P.S. el día 20 de junio en razón a la celebración de un nuevo contrato de trabajo.

* Si bien durante todo el período de su gestación de junio de 2005 a marzo de 2006, la accionante se encontraba vinculada al SGSSS, al momento de reclamar el pago de su licencia de maternidad, la misma le fue negada por parte de la E.P.S de Comfenalco.

* Justificó su actuación la E.P.S. en el hecho de que la normatividad vigente, establece que para efectos de que la licencia de maternidad sea efectivamente pagada, la beneficiaria de la misma deberá estar afiliada al SGSSS mientras dicha licencia se ésta causando. Así, la E.P.S. manifestó, que en esta oportunidad sería la cooperativa COOMEI la responsable de asumir el pago de tal prestación. Sin embargo, la mencionada cooperativa también afirmó que era la E.P.S. la responsable del pago.

* Ante la negativa de estas dos entidades á asumir el pago de la licencia de maternidad, la accionante se vio enfrentada a una grave situación económica que la obligó a solicitar crédito a familiares y amigos, así como a que el granero del barrio le fiara los alimentos. De esta manera, la actora advierte la clara violación de su derecho fundamental al mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad.

* Por todo lo anterior, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales violados y pide en consecuencia, que se ordene a la E.P.S. Comfenalco y a la Cooperativa COOMEI el pago de la referida licencia de maternidad.

14.2 Contestación de la entidad demandada

a. En documento de fecha 26 de octubre de 2006, suscrito por la apoderada especial de la E.P.S. Comfenalco se dio respuesta a la presente acción de tutela en los siguientes términos:

- La improcedencia de la acción de tutela es evidente en tanto el reconocimiento de sumas de dinero no es aceptable por esta vía judicial, a menos que no exista otro mecanismo de defensa judicial.

-“Sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, me permito informar a su despacho que una vez presentada la solicitud por parte de la demandante, se estudiaron los documentos respectivos, pero se encontró que el empleador de la actora la retiró estando disfrutando de la licencia de maternidad, novedad de retiro que acarrea la terminación del pago de la licencia toda vez que el FOSYGA, entidad que asume los pagos de la licencia de maternidad, exige que cada período se reporte el estado activo de la afiliación de la madre beneficiaria de la licencia de la maternidad, para hacer efectivo el pago de las mismas, ya que de no encontrarse afiliada no se causan los pagos de la misma y se tendría que entrar ya en materia laboral a discutir, ante esa JURISDICCION, los motivos del retiro y la responsabilidad del empleador en detrimento de los intereses de su empleada, tal y como lo consagra 236 y 236 del Código Sustantivo del Trabajo.”

Para sustentar la anterior respuesta, la entidad transcribe el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que a su tenor dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DURANTE LAS INCAPACIDADES O LA LICENCIA DE MATERNIDAD.

“(…).

“PARAGRAFO 2. Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar su autoliquidación de

aportes al Sistema a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencias o incapacidad” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

De lo anterior, se colige que se está incumpliendo en el presente caso, con el deber legal de cotizar durante la licencia de maternidad, para que se genere la liquidación de los pagos de la misma.

b. Por su parte, el apoderado judicial de la Cooperativa COOMEI intervino exponiendo las razones por las cuales ésta entidad no debe asumir el pago de la referida licencia de maternidad.

- Indica que dicha entidad celebró con la accionante un contrato de trabajo a término fijo desde el 1° de febrero de 2006 hasta el 11 de abril del mismo año, contrato que se dio por terminado de común acuerdo en la fecha pactada.

- Entre la Cooperativa COOMEI y la accionante se suscribió un nuevo contrato laboral cuya duración iría del 20 de junio hasta el 26 de noviembre del mismo año 2006.

* Respecto del primer contrato, se realizaron los aportes a salud a través de la E.P.S. Comfenalco, liquidándose los mismos desde el 1° de febrero hasta el 11 de abril de citado año. El mismo tipo de afiliación se hizo con ocasión del segundo contrato.

“La Cooperativa Coomei no realizó ante la EPS la reclamación de la licencia de maternidad a favor de la accionante, toda vez que, en ese momento, Coomei no ostentaba la calidad de empleador. Además, la señora Arboleda Rueda manifestó a mi poderdante que aquella reclamaría directamente a la E.P.S. COMFENALCO el pago de la licencia de maternidad.”

* De esta manera, y teniendo en cuenta los hechos expuestos, es la E.P.S. Comfenalco la responsable de reconocer y pagar a la accionante la licencia de maternidad reclamada por esta última, toda vez que la misma estuvo afiliada a dicha E.P.S., durante TODO el tiempo que duró su gestación y hasta el momento del alumbramiento.

14.3 Pruebas

- Folios 4 a 33, fotocopias de los formularios de autoliquidación de aportes y planillas de pagos correspondientes a los meses de mayo de 2005 a abril de 2006, y de junio a noviembre de ese mismo año.
- Folio 34, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda.
- Folio 36, Registro Civil de Nacimiento No. 40093883 en el que consta que el 26 de marzo de 2006 nació el menor Juan Sebastián Jaramillo Arboleda, hijo de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda.
- Folios 65 a 71, fotocopia de los contratos de trabajos suscritos entre la señora Arboleda Rueda y la Cooperativa COOMEI.

14.4 Sentencias objeto de revisión

a. En sentencia del 7 de noviembre de 2006, el Juzgado Décimo Sexto Civil Municipal de Medellín, negó la tutela solicitada. Consideró el juez de primera instancia que la accionante cuenta con otra vía judicial para reclamar el pago de la licencia de maternidad. Además, se advierte de los hechos narrados en la tutela, que la accionante dio a luz a su hijo el 26 de marzo de 2006 y que su retiro del SGSSS por terminación del contrato de trabajo se produjo el 11 de abril de 2006, cuando aún estaba gozando de su licencia de maternidad, y la reclamación de dicha licencia por vía de esta acción de tutela se hizo mucho tiempo después de terminada la propia licencia de maternidad, es decir el 20 de octubre de 2006.

Ante estas circunstancias, ha de presumirse que el no pago de la licencia de maternidad durante el tiempo que la misma se causó no afectó el mínimo vital de la accionante, pues para la fecha de presentación de esta tutela, la actora ya se había reintegrado al trabajo y estaba percibiendo su remuneración salarial.

De esta manera, la presunta afectación del mínimo vital, se superó, y aún cuando la accionante dijo haber afrontado muchas dificultades económicas, las mismas se restringieron a ser enunciadas más no fueron acreditadas.

b. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín, el cual en providencia del 15 de diciembre del mismo año, confirmó la decisión de primera instancia con base en similares argumentos a los del a quo, agregando simplemente que la accionante interpuso la acción de tutela siete meses después de la fecha del parto, actuación que no cumple con el principio de inmediatez que orienta la acción de tutela.

15. EXPEDIENTE T-1579539

15.1 Hechos

- La señora María Mercedes Camargo Rueda inició acción de tutela en contra de la E.P.S. COLMEDICA al considerar que ésta le violó sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la maternidad y los derechos fundamentales de los niños.

- Manifiesta que se encuentra afiliada al SGSSS a través de la E.P.S. Colmédica desde el mes de mayo de 2005.

- El 12 de diciembre de ese mismo año, la actora dio a luz a su hija en el Pabellón Santa Bernardita de la Clínica la Asunción de la ciudad de Barranquilla.

- Sin embargo, al momento de reclamar el pago de la licencia de maternidad, la E.P.S. Colmédica negó tal petición justificada en los siguientes argumentos:

“1) No oportunidad en pago para uno-más EMP.

“2) No cumple condiciones para liquidación.

“3) Semanas cot. Afiliaciones no suficientes.

“4) Semanas cot. Pagos no suficientes.

“5) Semanas compensación no suficientes.”

- Frente a la anterior situación, la accionante considera que le están siendo vulnerados sus derechos fundamentales y que por tal motivo los mismos le deben ser protegidos por esta vía judicial. Para ello pide que se ordene a la E.P.S. COLMÉDICA la cancelación de la referida licencia de maternidad.

15.2 Contestación de la entidad demandada

El administrador de la Sucursal de la E.P.S. Colmédica en la ciudad Barranquilla, en escrito de fecha 21 de abril de 2006, respondió a la presente acción de tutela en los siguientes términos:

- Es cierto que la señora María Mercedes Camargo Rueda se encuentra afiliada a esta E.P.S. como trabajadora independiente desde el mes de junio de 2005.

- “Teniendo en cuenta la fecha de afiliación de la señora Camargo, el pasado mes de junio de 2005, y la fecha del parto, 12 de diciembre de 2005, así como los períodos cotizados, se puede concluir que de los 270 días que duró aproximadamente el período de gestación, ella sólo cotizó 210, es decir que no cumplió con lo establecido en el decreto 806 de 1998.,

“Para reconocer la licencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requiere que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación, razón por la cual en este caso teniendo en cuenta las fechas anteriores no se cumplió el requisito esencial por cuanto la señora solamente cotizó aproximadamente SEIS Y MEDIO meses, de los nueve meses de gestación requeridos para el pago de la misma.”

- De la misma manera, se advierte, que verificados los pagos hechos por la accionante como cotizaciones mensuales al SGSSS, se pudo constatar que los mismos se hicieron de manera inoportuna e incluso en mora (hasta dos meses después), recordándose que siendo la accionante cotizante como trabajadora independiente, es ella la única responsable del pago oportuno de tales cotizaciones.

- Ante esta situación, la entidad accionada solicita que no se conceda esta acción de tutela, pues ello significaría premiar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la señora Camargo como trabajadora independiente afiliada al SGSSS. Finalmente, anota la entidad accionada que la accionante no volvió a hacer aporte alguno por concepto de cotizaciones al SGSSS desde el mes de diciembre de 2005.

15.3 Pruebas

- Folios 5 y 6, certificado de devolución de la incapacidad por licencia de maternidad, expedido el 24 de febrero de 2006 por Colmédica E.P.S.
- Folios 7 a 13, formularios de autoliquidación de aportes hechos por la señora Camargo Rueda a Colmédica E.P.S., correspondientes a pagos hechos en los meses de julio y diciembre de 2005.

15.4 Sentencias objeto de revisión

a. En sentencia del 24 de abril de 2006, el Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla tuteló los derechos fundamentales a la protección especial a la mujer, al mínimo vital y los derechos fundamentales de los niños de la accionante. Ordenó el a quo, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación la E.P.S. Colmédica proceda a reconocer y cancelar la prestación económica de licencia de maternidad a la accionante, de manera PROPORCIONAL a las semanas cotizadas.

Consideró el juez de instancia que de conformidad con la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional y en especial por lo dicho en la sentencia T-1243 de 2005, en el presente caso no aparece desvirtuada la afirmación hecha por la accionante en el sentido de que no cuenta con otros recursos económicos diferentes a los que percibe como trabajadora independiente, con lo cual pueda sufragar sus necesidades personales y las de su menor hijo.

Así, y en el entendido de que el Estado debe garantizar de manera especial el normal desarrollo de los infantes y teniendo en cuenta que el haber dejado de cotizar algunas semanas de las mínimas exigidas para reclamar el reconocimiento económico por licencia de maternidad, ello no va a hacer colapsar económicamente el SGSSS, razón por la cual, y siguiendo la posición jurisprudencial contenida en la señalada sentencia de la Corte Constitucional, se ordenó a Colmédica reconocer de manera proporcional a los aportes hechos por la actora durante treinta semanas, la correspondiente licencia de maternidad.

a. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Segundo Penal del Circuito de

Barranquilla, el cual en sentencia del 19 de enero de 2007, revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar, negó la tutela en cuestión. En breve consideración el juez de segunda instancia advierte que es cierto que la mujer gestante debe tener una especial protección, razón por la cual se instituyó la licencia de maternidad. Sin embargo, en el presente caso, no es aplicable la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto en este caso, la accionante tan solo cotizó seis meses y medio de los nueve meses que debió cotizar, razón por lo cual no cumplió con las exigencias establecidas para que le fuera reconocida dicha prestación por maternidad.

En el fallo se advierte que la remisión del expediente de manos del juez de primera instancia fue tardía, pues si bien el fallo se profirió el 24 de abril, el mismo fue remitido a esta instancia judicial hasta el 28 de noviembre, casi siete meses después, razón por la cual se compulsaron copias de toda la actuación al Consejo Seccional de la Judicatura a fin de que se investigue la posible falta.

16. EXPEDIENTE T-1579596

16.1 Hechos

* La señora Damaris Esther Aguas Martínez interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. COOMEVA, por considerar violados sus derechos fundamentales a la protección especial a la mujer embarazada y los derechos fundamentales de los niños en relación con su hijo recién nacido.

* Asegura la accionante que durante todo su período de gestación, pagó todas las cotizaciones al SGSSS a través de la E.P.S. COOMEVA.

* Manifiesta igualmente que si bien algunos de los pagos no se hicieron dentro de los términos estipulados para ello, la E.P.S. nunca protestó frente a algunos de los pagos extemporáneos.

* La accionante fue atendida en la Clínica Santa María de la ciudad de Sincelejo, en donde le fue practicado su parto el día 12 de junio de 2006.

* No obstante, al momento de reclamar el pago de la licencia de maternidad, la E.P.S. COOMEVA negó el reconocimiento de tal prestación, argumentado en su momento que la accionante no cumplió con uno de los requisitos exigidos por la ley, en cuanto a la oportunidad en los pagos de las cotizaciones en salud, razón por la cual dicha prestación económica no le sería cancelada.

* Frente a los anteriores hechos, la accionante considera violados sus derechos fundamentales ya mencionados, y para ello, solicita su protección, pidiendo que se ordene a la E.P.S. COOMEVA el pago de la prestación económica por licencia de maternidad.

16.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito del 11 de septiembre de 2006, la E.P.S. COOMEVA respondió a la presente tutela, solicitando que la misma fuera denegada.

Manifiesta dicha E.P.S. que en efecto, la accionante se encuentra afiliada a dicha E.P.S. desde el 17 de noviembre de 2004. No obstante, no tiene derecho al reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad por cuanto no existió oportunidad en los pagos hechos al SGSSS como trabajadora independiente que es.

En efecto, revisados las fechas en que fueron hechos los aportes se puede constatar que en los últimos seis meses antes del parto, es decir de enero a junio de 2006, la accionante realizó pagos de manera oportuna en tres ocasiones y los otros tres fueron extemporáneos, incumpliendo de esta manera con lo dispuesto en el Decreto 1406 de 1999 y el artículo 21 del Decreto 1804 del mismo año, que trata sobre la oportunidad en el pago de las cotizaciones.

- Folios 5 a 10, fotocopia de formularios de autoliquidación de aportes hechos por la señora Aguas Martínez a la E.P.S. COOMEVA, en los que resulta ilegible determinar que meses corresponden.
- Folio 17, fotocopia del Certificado de Nacido Vivo relativo al hijo nacido vivo el 12 de junio de 2006 y cuya madre es la señora Damarys Aguas Martínez. En el mismo documento se advierte que el período de gestación fue de treinta y ocho (38) semanas.
- Folio 18, certificado de incapacidad o licencia, expedido el 20 de junio de 2006, en el que se niega el reconocimiento de la licencia de maternidad a favor de la señora Aguas Martínez, justificado en el pago extemporáneo de varias de las cotizaciones.
- Folio 19, Epicrisis del parto de la señora Aguas Martínez, elaborada por la Clínica Santa María Ltda. de la ciudad de Sincelejo.

16.4 Sentencias objeto de revisión

a. En sentencia del 13 de septiembre de 2006, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo, concedió el amparo constitucional solicitado. Señaló el a quo que es clara la protección especial que a nivel constitucional se ha dispuesto en relación con la maternidad y con los recién nacidos, imprimiendo un fuero doblemente reforzado a la mujer en estado de gravidez y a la prevalencia a los derechos de los niños. Además, han sido innumerables las críticas contra el artículo 53 del Decreto 806 de 1998, al punto que la misma Corte Constitucional lo ha inaplicado por considerar que el mismo desconoce derechos fundamentales de rango constitucional.

Por estas razones, en el presente caso se protegieron los derechos fundamentales de la accionante y se ordenó en consecuencia, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión la E.P.S. COOMEVA demandada en esta acción de tutela procediera a reconocer y pagar la licencia de maternidad reclamada por la accionante.

b. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el cual en providencia del 18 de octubre de 2006, revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar, denegó la tutela.

Consideró el ad quem que si se revisan las pruebas que obran en el expediente se puede establecer que el parto se dio el 12 de junio de 2006, y que contando hacia atrás en el tiempo, se puede establecer que el inicio de las treinta y nueve (39) semanas de gestación que duró el embarazo de la accionante fue el 12 de septiembre de 2005, con lo que se verifica la falta de prueba sobre la existencia de afiliación al SGSSS y los consecuentes aportes durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2005.

Visto desde otro punto de vista, se puede establecer que la accionante tiene probado tan solo cotizaciones de veintinueve (29) de las treinta y nueve (39) semanas de gestación, con lo cual no cumple con lo exigido por el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y por el artículo 3 numeral 2° del Decreto 047 de 2000.

En consecuencia, vistas las anteriores consideraciones es irrelevante estudiar el asunto relativo a si existió o no mora en el pago de las cotizaciones.

17. EXPEDIENTE T-1597389

17.1 Hechos

- La señora Viviana Esther Contreras Burgos inició acción de tutela en contra de la E.P.S. COOMEVA por considerar que esta entidad le violó sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la protección especial a la mujer embarazada, a la igualdad, a la salud y a la vida digna.
- Señala que se afilió a la E.P.S. COOMEVA como trabajadora dependiente de su empleador Edelmira Moreno Meléndez desde el desde el 1° de marzo hasta el 30 de agosto de 2006.
- Posteriormente, siguió afiliada a la misma E.P.S. pero en esta oportunidad como trabajadora independiente, desde el 1° de septiembre de 2006.
- El 11 de octubre de 2006 la accionante se acercó a su E.P.S. a efectos de reclamar el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad.
- Sin embargo, la E.P.S. accionada negó tal reconocimiento argumentado que la afiliada no había cumplido con los períodos mínimos de afiliación ininterrumpida para poder tener derecho a la referida prestación económica.

- Frente a esta situación la accionante ha tenido que acudir a préstamos para solventar su precaria situación económica. Por esta razón, solicita se amparen sus derechos fundamentales, y para ello pide que se ordene a la E.P.S. COOMEVA el pago de la mencionada licencia de maternidad.

17.2 Contestación de la entidad demandada

En escrito de fecha 18 de diciembre de 2006, la apoderada judicial de la E.P.S. COOMEVA, Sucursal Caribe respondió a la presente acción de tutela, solicitando se declare la improcedencia de la misma.

Señala la apoderada judicial, que la señora Contreras Burgos se afilió a dicha E.P.S. el 1° de marzo de 2006, como trabajadora dependiente de su empleador Edelmira Moreno Meléndez. Que este empleador dio por terminado el contrato en el mes de agosto, contrariando las normas laborales, en tanto despidió a la accionante cuando ésta contaba con dos (2) meses de embarazo. Aún así, la accionante se afilió el 1° de septiembre de ese mismo año, como trabajadora independiente, llevando a término su período de gestación el día 21 del mismo mes. De esta manera queda demostrado que la accionante no hizo aportes por todo el tiempo que duró su período de gestación, razón por la cual no cumple los requisitos establecidos legalmente para el reconocimiento de la mencionada licencia de maternidad.

17.3 Pruebas

- Folios 4 a 12, fotocopias de formularios de autoliquidación de aportes hechos por la accionante a la E.P.S. COOMEVA, los cuales corresponden a pagos hechos de abril a diciembre de 2006.

- Folio 13, certificado de incapacidad o licencia de maternidad expedido por COOMEVA E.P.S. el 11 de octubre de 2006, en el que se advierte que la prestación económica por licencia de maternidad no le será reconocida por no haber cotizado de manera ininterrumpida durante el período de gestación.

- Folio 15, Carta sin fecha, enviada a la "Usuaría" en la que exponen las razones por las cuales la licencia de maternidad por ella reclamada no podrá ser pagada.

17.4 Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla en sentencia del 26 de diciembre de 2006, negó la tutela. Señaló el juez de conocimiento que la E.P.S. accionada alega que la accionante no cotizó durante todas las semanas que duró su gestación y que por el contrario, es la empleadora quien conociendo la condición de mujer embarazada la despidió, razón por la cual sería ella la que debería entrar a responder en este caso. No obstante, el juez de instancia considera que esta es una controversia que no puede ser dirimida por el juez de tutela, y que por el contrario, la accionante debe acudir ante la jurisdicción ordinaria para reclamar sus derechos.

18. EXPEDIENTE T-1556303

18.1 Hechos

- La señora Francy Estrella Oliveros Perdomo interpuso acción de tutela en contra de la empresa Servicios Andinos Ltda. y COOMEVA E.P.S., al considerar que estas entidades le vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y el derecho de petición.

- Manifiesta la accionante que se afilió a la cooperativa Servicios Andinos Ltda., a través de la cual pagaba sus cotizaciones en salud, aclarando que su afiliación se hizo desde el 22 de febrero de 2005.

- En el mes de septiembre de ese mismo año, quedó embarazada y su parto se produjo el 7 de junio de 2006.

- Frente a esta respuesta, la accionante acudió a la Defensoría del Pueblo de la ciudad Neiva, quien mediante comunicación escrita requirió a la cooperativa Servicios Andinos Ltda., sin obtener respuesta alguna, y aún cuando fue requerida nuevamente, tampoco se obtuvo ninguna respuesta. Por esta razón y previa recomendación de la misma Defensoría del Pueblo la accionante instauró la presente acción de tutela.

- Finalmente, la accionante expone que el no pago de su licencia de maternidad la afectó gravemente pues, no cuenta con ninguna otra fuente de ingresos diferente a la que se pueda procurar con su trabajo, lo que ha puesto en peligro sus condiciones mínimas de vida, pues además de tener que velar por su hijo recién nacido tiene bajo su cuidado otro hijo de seis

años que presenta problemas auditivos en ambos oídos y consecuente retraso en su proceso educativo.

- Por todo lo anterior la señora Oliveros Perdomo, reclama la protección de sus derechos fundamentales y pide que se ordene a las entidades accionadas el pago de su licencia de maternidad.

18.2 Contestación de la entidad demandada

La cooperativa Servicios Andinos Ltda., no intervino en ningún momento en el trámite de la presente acción de tutela.

18.3 Pruebas

- Folio 11, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Francly Estrella Oliveros Perdomo.

- Folio 12, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento No. 39286780, en el que indica que la señora Francly Estrella Oliveros Perdomo es madre del menor Yorquin Stivens Rojas Oliveros, nacido el 7 de junio de 2006.

- Folio 13, fotocopia del carné de afiliación a la E.P.S. COOMEVA por parte de la señora Oliveros Perdomo.

- Folio 14, fotocopia del formulario único de afiliación al SGSSS correspondiente a la afiliación de la señora Oliveros Perdomo a la E.P.S: COOMEVA, de fecha 22 de febrero de 2005.

- Folio 15, Certificado de incapacidad médica o licencia de maternidad, expedido el 8 de junio de 2006 por un médico de la E.P.S. a favor de la señora Oliveros Perdomo.

- Folio 16, certificado de licencia de maternidad expedido el 13 de junio de 2006 por la E.P.S. COOMEVA en el que señala que no se reconocerá la prestación económica por maternidad, porque:

“A la fecha de ocurrencia del evento existen períodos sin pago por el aportante. (Decreto 806/1998 art.60). El Ingreso Base de Cotización (IBC) correspondiente la período base de liquidación no se encuentra registrado. Le será enviado por correo el documento en el cual se

indica el resultado de las validaciones que en el momento no se puedan efectuar. (Los aportes fueron efectuados fuera de las fechas exigidas por la Ley (decreto 1804/1999, Art. 21 numeral 1).” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

- Folio 17, fotocopia del derecho de petición presentado por la accionante el 2 de agosto de 2006 a la E.P.S. COOMEVA.

- Folios 18 a 20, respuesta al derecho de petición ya señalado de fecha 11 de agosto de 2006, suscrito por la Directora de la Sucursal Huila de la E.P.S. COOMEVA, y dirigido a Servicios Andinos.

- Folio 22, certificación expedida el 3 de noviembre de 2005 por la E.P.S COOMEVA, en la que manifiesta que la señora Francly Estrella Oliveros Perdomo se afilió a dicha E.P.S. el 22 de febrero de 2005 y que en la actualidad se encuentra en estado ACTIVO con 31 semanas de cotizaciones.

- Folios 23 a 28, fotocopia de los recibos expedidos por Ya Salud y Cía. S. en C. y SGS Pensiones (Asc. Trab. Independientes) en los que consta los pagos hechos por la señora Oliveros por concepto de aportes a salud y que corresponden a pagos hechos desde septiembre de 2005 hasta agosto de 2006.

18.4 Sentencia objeto de revisión

En sentencia del 15 de enero de 2007, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva, negó la tutela en cuestión. Señaló el juez de instancia que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, el juez no podrá impartir una decisión de fondo si no se ha respetado el contradictorio, en tanto que en el presente caso, ha sido imposible notificar a la entidad Servicios Andinos Ltda., a pesar de los esfuerzos del notificador de ese despacho, además por que la parte accionante no ha mostrado voluntad en colaborar.

18.5 Actuación surtida por la Corte Constitucional

a. Esta Sala de Revisión, mediante auto del 4 de mayo de 2007, resolvió oficiar a través de la Secretaría General de esta Corporación a la COOPERATIVA COOSALUD CTA (Cooperativa de Trabajadores Asociados), Ortodoncia IPS, en la ciudad de Neiva a efectos de que informara

que tipo de relación tenía con la Cooperativa de Servicios Andinos Ltda.

No obstante, por informe Secretaría del 18 de mayo de este mismo año, se indicó que el término dispuesto para remitir alguna respuesta, venció en silencio.

b. Posteriormente, mediante Auto de fecha 29 de mayo del presente año, esta Sala de Revisión ordenó que por Secretaría General, se pusiera en conocimiento de la E.P.S. COOMEVA, el contenido de la presente acción de tutela, a efectos de que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico planteado en la misma.

De esta manera, la Secretaría General de esta Corporación mediante oficio del 14 de junio del año en curso, remitió al despacho del magistrado sustanciador documento suscrito por la Directora de la Oficina en Neiva de la E.P.S. COOMEVA, en la que se pronunció sobre el presente caso, manifestando lo siguiente:

“En atención del oficio de la Referencia, me permito informar que la señora FRANCY ESTRELLA OLIVEROS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.190.155 de Palermo (Huila), radicó en las Oficinas de COOMEVA EPS NEIVA, un Derecho de Petición el día 2 de agosto de 2006 al cual se le dio respuesta el día 11 de agosto del mismo año, con oficio dirigido a SERVICIOS ANMDINOS por ser el Empleador el directo responsable de realizar los pagos de todos sus trabajadores, y con copia a la usuaria (anexo oficio), donde se le indicaban las razones por las cuales no era viable el reconocimiento económico de la Licencia de Maternidad No-. 067165, toda vez que no cumplía con el requisito legal establecido en el Artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, que en sus apartes dice: “DECRETO 1804 DE 1999, Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

“Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de la solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del

derecho.

“(…)

“Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derechos sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

“En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.” (Negrilla dentro del texto original).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Reanudación de los términos suspendidos

Teniendo en cuenta que en virtud de auto dictado el 14 de mayo de 2007 la Sala de Revisión dispuso suspender los términos del proceso mientras se allegaban y se examinaban las pruebas, en esta providencia se ordenará su reanudación.

3. Problema Jurídico

En los casos bajo estudio, la Sala de Revisión analizará si las E.P.S. accionadas, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes y de sus menores hijos recién nacidos, al no autorizarles el pago de la licencia de maternidad. Para ello, será necesario recordar los lineamientos jurisprudenciales sentados

por la Corte Constitucional, en relación con temas como i) la protección Constitucional a la maternidad, ii) la procedibilidad de la acción de tutela frente a la reclamación de licencias de maternidad, iii) el deber legal de cotizar durante el período de gestación y el análisis frente a cada caso en concreto, iv) la reiterada posición de la Corte en relación con el allanamiento a la mora en el caso de los pagos de aportes por concepto de cotización en salud, v) el término con que cuenta la madre para reclamar el pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad, y finalmente, vi) la nueva posición jurisprudencial en cuanto al reconocimiento y pago total o proporcional de la licencia de maternidad según el caso concreto.

4. La protección a la maternidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como principios fundantes del Estado Social de Derecho que orientan la Constitución Política de 1991, sobresalen por su vital importancia el respeto por la vida, la justicia, la libertad, el pluralismo y la igualdad, principios que tienen un mayor desarrollo normativo en cada una de los artículos constitucionales en los cuales se concretan como verdaderos derechos, a efectos de asegurar su efectividad.

De esta manera, el derecho a la vida es esencial para el desarrollo de los demás derechos consagrados en la Carta Política, se apoya para su debido respeto y garantía, en el desarrollo de otros derechos que como la igualdad, consagrada en el artículo 13, que prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, obligando al Estado a promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, a acoger “medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, finalmente, a proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

De esta manera, la Constitución advierte desde un principio que no todas las personas se encuentran en igualdad de oportunidades frente a la ley, razón por la cual identificó los grupos sociales que por sus condiciones físicas, mentales o económicas se encuentran en una clara desventaja frente a los demás, y en evidente estado de vulnerabilidad. Por ello, la Constitución contiene normas que rompen con esa desigualdad, asegurando una especial protección, y garantizando una igualdad real y efectiva frente a la ley.

De esta manera se establecieron normas de especial protección respecto de los niños, de

quienes se ha señalado que sus derechos prevalecen sobre los demás (Art. 44 y 50)², la especial protección que se debe prodigar por parte del Estado, la sociedad y la familia a las personas de la tercera edad (Art. 46), el deber del Estado para desarrollar y ejecutar políticas de prevención, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Art. 47). Y finalmente, la protección especial que deberá darse a las mujeres durante su embarazo y después del parto, y con mayor razón cuando ésta sea cabeza de familia (Art.43)³.

Ahora bien, en relación con la especial protección que se debe dar la mujer embarazada y en período de lactancia, es importante recalcar que dicho amparo tiene desarrollo normativo en múltiples niveles. Por una parte, existe dos ámbitos fundamentales de amparo a la mujer y estos tiene que ver con:

i. el derecho a obtener el reconocimiento de una prestación económica como parte de su licencia de maternidad, la cual se complementa con la posibilidad de descansar durante un tiempo legalmente establecido a fin de garantizar su recuperación física y de asegurar el desarrollo normal de su hijo durante su primera etapa de la vida, y por otro lado,

i. el derecho a la estabilidad laboral reforzada,⁴ que garantiza a la madre la posibilidad de asumir su maternidad con responsabilidad y tranquilidad, sabiendo que su derecho al trabajo se verá garantizado mientras cumple con este período inicial como madre, sin ser objeto de discriminación de ninguna índole. ⁵

Ciertamente estos dos ámbitos de protección especial que tienen su origen verdadero en conceptos jurídicos de raigambre constitucional, tienen amplio desarrollo y regulación a nivel legal a través de múltiples normas contenidas tanto en el Código Sustantivo de Trabajo, como en la profusa normatividad de Seguridad Social que se ha desarrollado para tal efecto.

La importancia de garantizar la protección constitucional de la mujer en embarazo, esta dada también en la posibilidad de que este derecho se proteja en razón a la conexidad que éste tiene con derechos como la dignidad, la igualdad, al mínimo vital, etc.⁶, pudiendo en

consecuencia, ser amparados por vía de la acción de tutela.

Pero además, el ámbito de protección dado a la mujer embarazada también involucra al Estado Colombiano en el plano internacional, llevándolo a tomar posiciones muy claras a través de sus diferentes ramas del poder. En efecto, la Corte Constitucional al pronunciarse en relación con la constitucionalidad de artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968,7 dijo:

De la misma manera indicó:

“En el mismo artículo 11 numeral 2º literal b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se consagra que los Estados deben ‘implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales’; y más adelante en el artículo 12 numeral 2º. se recaba en el deber del Estado de suministrar servicios adecuados y garantizar la nutrición durante el embarazo, el parto y el post-parto.” 9

De esta manera, luego de sentar su posición en materia de control constitucional, la Corte ha sido coherente al garantizar en varios de sus fallos de tutela, la primacía de los derechos constitucionales frente a normas legales que exigen el cumplimiento estricto de requisitos meramente formales con los cuales se asegure la protección especial a la mujer embarazada o en lactancia y a su hijo recién nacido.

Pero ciertamente, la especial protección instituida en todos los ámbitos legales respecto de la mujer embarazada y de su hijo recién nacido, ha de materializarse con mayor razón y de manera irrestricta, en aquellos casos en los cuales su desprotección o el desconocimiento de dichas garantías fundamentales, pongan en peligro otros derechos como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital entre otros.

En efecto, la Corte ha sido muy prolífica en su jurisprudencia de tutela¹⁰ en relación con aquellos casos en los que ha protegido por esta vía judicial excepcional, el desconocimiento de las garantías especiales de las mujeres embarazadas o que han dado a luz recientemente, a quienes les han negado la posibilidad de reclamar el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad, en tanto dicha suma de dinero aseguraba su mínimo vital y el de su

hijo. Así, en sentencia T-788 de 2004, la Sala Segunda de Revisión de la Corte señaló:

“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.¹¹

Pero ¿qué se ha entendido entonces como la afectación del mínimo vital como consecuencia del no reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad ? Sobre el particular la Corte en sentencia T-408 de 2006¹², dijo lo siguiente:

“Al hablar de mínimo vital se hace referencia a un derecho constitucional innominado que se desprende de una interpretación sistemática del estatuto Superior y que se puede definir, en términos generales, como la garantía de un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna, con las condiciones suficientes para desarrollar aquellas facultades de las que puede gozar la persona humana¹³.

“Se trata, entonces, de un concepto amplio y pragmático que debe interpretarse siempre de manera extensiva, más no restrictiva. Su contenido, aunque indeterminado, ha sido delimitado progresivamente por esta Corporación, al circunscribirlo no solo a las necesidades básicas de alimentación y vestuario, sino también a las relativas a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente¹⁴.

“(…)

“Finalmente, y tan importante como los desarrollos ya mencionados, es el carácter cualitativo y específico de este derecho, lo que se traduce en que la determinación del mismo obedece a la valoración de las necesidades básicas de los peticionarios involucrados en cada caso, en particular, con base en criterios metodológicos cualitativos y flexibles, más allá de los cuantitativos y rígidos. A partir de esta importante consideración, se introdujo el adjetivo congrua para cualificar el verbo subsistencia y así condicionar el contenido del mínimo vital de las personas, a su nivel de vida acorde con su posición social¹⁵

“(…)

“En consecuencia, no es preciso ni acertado sostener que no se afecta el mínimo vital del

núcleo familiar de la Señora Calderón Mendoza cuando no le es cancelada completa y oportunamente la licencia de maternidad a que tiene derecho. Al contrario, por estar condicionada la delimitación de este derecho fundamental, en cada caso particular, al nivel de vida de la persona afectada, acorde con su posición social, es forzoso concluir que al desaparecer la única fuente de ingresos de la peticionaria durante cerca de tres (3) meses, disminuye ostensiblemente para ella, la posibilidad de mantener las condiciones de subsistencia suyas y de su familia con el mismo rango de favorabilidad en que se encontraban antes del alumbramiento.”

Establecida de esta manera, la especial protección constitucional a la mujer embarazada, es pertinente abordar el tema relativo a la procedencia de la acción de tutela en el caso de las licencias de maternidad.

Definida como se hizo en el inciso anterior, la especial protección de la mujer embarazada o en lactancia y de su hijo recién nacido a nivel constitucional y legal, resulta igualmente importante hacer mención ahora, de la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo judicial apropiado para reclamar el pago de la licencia de maternidad, entendida ésta, como factor económico que materializa el derecho a la protección constitucional de la mujer embarazada.¹⁶

En lo referente al pago de la licencia de maternidad, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“1. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.¹⁷

“2. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela.¹⁸

“3. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

“4. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia.¹⁹

De esta manera, es claro, que la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo judicial para lograr el efectivo pago de la licencia de maternidad, resulta de la necesidad de procurar la protección de una prestación de orden laboral de la cual depende la garantía de derechos fundamentales como el mínimo vital, la protección especial de los derechos fundamentales de los niños y la vida en condiciones dignas entre otros.

6. El deber de cotizar durante el período de gestación debe analizarse en cada caso específico

De acuerdo con el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el reconocimiento de la prestación económica por maternidad requiere que la afiliada haya cotizado al Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS), como mínimo, durante todo el período de gestación.

En la Sentencia T-520 de 200620, la Corte Constitucional señaló que a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas (36), se han presentado embarazos de menor duración o prematuros. Al respecto se indicó lo siguiente:

“Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el período de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros.

La Sala constata que, en efecto, en los términos en los cuales está establecido el mandato de pago de todo el período de gestación no se establece un tiempo predeterminado de

embarazo en meses o semanas.

En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 indica:

‘Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.’

Además, el Decreto 047 de 2000, artículo 3, numeral 2, señala:

‘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 (...).’

De tal manera, las entidades prestadoras de salud tienen la obligación de estudiar las circunstancias de cada caso específico para exigir el cumplimiento de cotización durante el período de gestación.²¹

Pero además, la Corte ha señalado en varias oportunidades que en relación con el alcance que se le debe dar al artículo 63 del decreto 806 de 1998 y al mismo artículo 3 del Decreto 047 de 2000, se ha considerado que dichas disposiciones imponen “un requisito que 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.” ²²

Sobre este punto, la misma Corte²³ se ha pronunciado en varias oportunidades señalando que en aquellos casos en los cuales las entidades encargadas de reconocer y pagar la prestación económica por licencia de maternidad, niegan tal reconocimiento, justificadas en el hecho de que las afiliadas no cumplen con los requisitos formales legalmente establecidos (pago oportuno, o pagos durante todo el tiempo de la gestación), en ciertos casos habrán de

inaplicarse dichas normas, en aras de garantizar, no solo la protección oportuna y eficaz de derechos de orden constitucional, sino que también se hará en procura de asegurar la primicia de lo sustancial sobre lo formal.

“... la negativa de la entidad demandada en reconocer y pagar esta prestación, se fundaba en un argumento formal que pretendía hacerse prevalecer sobre el derecho sustancial al descanso remunerado en la época del parto. Para la Corte, además existía duda acerca de si la cotización se extendió o no a todo el período de la gestación, como quiera que los demandados no probaron que la peticionaria estaba embarazada en el mes de febrero de 2002; duda que no podía ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas²⁴. En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el período de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo. Por esta razón, en el caso que fue objeto de revisión, la Corte, aplicó las normas constitucionales que constituyen el plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para sus hijos menores de un año.”²⁵

7. Allanamiento a la mora

Reiterada ha sido la posición de la Corte en relación con la negativa de las entidades prestadoras de salud -E.P.S.-, de pagar la licencia de maternidad, justificadas en un pago inoportuno o extemporáneo de las cotizaciones, lo que a su modo de ver, y aplicando de manera mecánica la normatividad legal sobre el asunto, las libera de la responsabilidad legal de asumir dicha carga económica. La Corte ha sido clara en señalar que si las entidades de salud no manifiestan su inconformidad al momento en que se efectúa el pago “extemporáneo”, no podrán posteriormente alegar estas circunstancias como causa suficiente para negar el reconocimiento de la licencia de maternidad, pues en estos casos, se estaría ante un allanamiento a la mora, originada en la propia negligencia de la entidad en exigir de sus afiliados el pago oportuno de las cotizaciones, máxime cuando ésta dispone de los medios legales para hacerlo.

La sentencia T-921 de 2005²⁶, en relación a la teoría del allanamiento a la mora, señaló lo siguiente:

“... ‘aún cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de

una trabajadora, pero la E.P.S. demandada no lo haya requerido para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la E.P.S. demandada se allanó en la mora del empleador, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la trabajadora...' (Sentencia T-921 de septiembre 21 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

"La jurisprudencia de esta Corte ya ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora patronal por parte de la E.P.S.. específicamente en la sentencia T-458 de 199927, en casos de negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, pues se consideró que:

'...en aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes' la E.P.S. no puede desconocer el pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría 'una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador'²⁸. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, 'pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social'."²⁹

8. Término para reclamar el pago de la prestación económica por concepto de licencia de maternidad.

En relación con la oportunidad para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte ha igualmente variado su posición. En efecto, inicialmente se consideraba que el plazo adecuado para reclamar el reconocimiento de este derecho prestacional estaba dado en el término mismo de duración de la referencia licencia de maternidad, es decir, se disponía de ochenta y cuatro (84) días para adelantar dicha reclamación por vía de tutela, actuación que pretendía no solo materializar un derecho de

carácter prestacional, sino a su vez garantizar de manera concreta el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

“Es por lo anterior que la Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991.

Así lo expuso la sentencia T-075 de 2001, al señalar:

‘Para la fecha en que se admitió la demanda de tutela, ya se había cumplido el término de la licencia, pues según solicitud allegada al expediente, esta se reconocería por un período de 84 días. Bajo esta circunstancia, advierte la Sala que el daño que pudiera aducir la peticionaria ante la negativa de la entidad promotora de salud en cancelar la prestación económica de autos, ya se consumó, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera ‘cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado’. Así las cosas, en este evento, la accionante deberá acudir ante la justicia ordinaria para que satisfaga sus pretensiones económicas’³⁰.

“Posteriormente, en sentencia T-1013/0231 M.P. Jaime Córdoba Triviño reiterada por la sentencia T-118/0332 la Corte Constitucional recogió la doctrina aplicada en estos casos de la siguiente manera:

‘La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el período posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este período, la licencia pierde tal carácter.

‘Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la

licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

‘a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

‘b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 199133.’

“A juicio de esta Sala, se justificó mantener el anterior criterio por cuanto se consideraba que el reclamo del pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, exigía un término razonable en aquellos casos en los cuales ésta se negaba por parte de la E.P.S. respectiva. Dentro del término de los 84 días de la licencia, dijo la Corte, el derecho a la licencia de maternidad, adquiere el carácter de derecho fundamental susceptible de protección constitucional, por cuanto se presume que la madre necesita el pago de lo que constituiría su salario, para poder atender las contingencias del parto y los cuidados del menor recién nacido.

No obstante, este plazo que inicialmente se apreciaba como razonable se transformó posteriormente en una limitante para el efectivo reconocimiento de tal prestación a favor de las madres, y fue empleado con el tiempo en un requisito casi insalvable exigido por las entidades encargadas de reconocer tal prestación.

Por ello, en sentencia T-999 de 2003, la Corte desarrolló un nuevo planteamiento en relación con el término oportuno dentro del cual el reconocimiento de esta prestación, era lo suficientemente razonable para garantizar el efectivo reconocimiento del mismo.

“Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en

esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

“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. (...)”

Posteriormente la misma sentencia indicó:

Lo primero que debemos advertir es que el plazo no puede ser tan perentorio que haga irrito o nugatorio el derecho que ya se tiene.

“El plazo no puede desconocer valores, principios o normas constitucionales como los artículos 43 que establece que después del parto la madre goza de especial protección del

Estado; o el 53 que reitera la protección especial a la maternidad; o el artículo 44 que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás o el artículo 50 que manda a proteger y dar seguridad social a todo niño menor de un año.

“Observa la Corte que se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad.

“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.”

9. Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional de la licencia de maternidad según las semanas cotizadas durante el período de gestación.

Jurisprudencialmente, el problema jurídico derivado de la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas que acaban de dar a luz y a quienes no se les quiere reconocer su prestación económica por licencia de maternidad, ha ido evolucionando en el sentido de ser cada vez más garantista, sin olvidar que para que la acción de tutela sea procedente en estos casos, deberá estar probada la vulneración de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital de quienes reclaman tal protección.

Inicialmente, la Corte había señalado que si las afiliadas al SGSSS no cumplían con el pago completo de sus aportes durante todo el período de gestación, la acción de tutela no era viable y la licencia de maternidad se negaba, excepto cuando estuviere probado que el no pago vulneraría el derecho al mínimo vital de quien reclama dicha prestación.

Posteriormente, advertido el hecho de que se haría nugatoria la protección constitucional especial otorgada a las madres, se consideró que la ausencia de pago de aportes durante

cortos períodos durante el tiempo de la gestación, no podría ser argumento suficiente para no proteger por vía de tutela los derechos fundamentales al mínimo vital, tanto de la madre como del nasciturus, razón por la cual se procedió a amparar por esta vía judicial excepcional el pago de tal licencia de maternidad.

Sin embargo, abierta esta brecha, los casos en los que las cotizaciones no coincidían con el período de gestación, y por ser aquellas ligeramente menores, se multiplicaron y fueron haciéndose más comunes.³⁴ Es decir, ya no faltaban por cotizar algunos días, sino que se daba el caso de faltar semanas completas de cotizaciones y en algunos casos varias semanas en su conjunto, lo que fue generando pronunciamientos por parte de la Corte, cada vez más proteccionistas, en detrimento del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para que el derecho prestacional se pudiera pagar adecuadamente.

De esta manera, se concedieron tutelas en las que se habían dejado de pagar tan solo 11 días o 21 días³⁵, para pasar a amparar derechos fundamentales en casos en los que la madre reclamante había dejado de cotizar por más de un mes y hasta casi 3.6 meses como ocurrió en la sentencia T-1205 de 2005³⁶, caso en el cual la E.P.S. Colmédica demostró que la accionante "...solamente cotizó aproximadamente 23 semanas (5.3 meses) de las 37 (9 meses) requeridas para el pago de la misma". En este caso, aún cuando la accionante había realizado cotización por un período muy breve, se ordenó de todos modos amparar sus derechos, y se procedió a ordenar el pago de la referida licencia de maternidad.

De esta manera se puede considerar entonces que:

"....Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos".³⁷

Ante esta situación, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243

de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de establecer un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de un derecho prestacional que garantizaría el respeto de derechos fundamentales de orden constitucional, frente a la necesidad de asegurar una la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del SGSSS.

Ciertamente, la misma Corte había advertido que ordenar el reconocimiento de una licencia de maternidad cuando el requisito de exigir aportes por cotización en un número similar de semanas al del período de gestación de la madre no podía aplicarse de manera mecánica y por igual a todos los casos, no pondría en peligro el equilibrio financiero del SGSSS; sin embargo, si esta circunstancia se llega a presentar de manera más repetitiva y en una mayor escala, podría tornarse en desequilibrante y afectar el SGSSS, poniendo en peligro de esta manera el futuro reconocimiento de esta misma prestación social a futuras madres en igualdad de circunstancias.

Ante esta difícil situación, se advirtió que si bien en algunos caso las afiliadas no lograban cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar el pago de la licencia de maternidad, no podía entrar a garantizarse su derecho prestación a la licencia de maternidad, sin que se diera una proporcionalidad en el pago de la misma, calculada según el número de semanas efectivamente cotizadas.

“6. 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 tutela³⁸.

“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, ésta 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), por haber cambiado de trabajo durante la gestación, y existir entonces un lapso en el que no tenía un empleador que fuera responsable del pago de sus cotizaciones³⁹.

“En tales casos donde el lapso de no cotización es breve - inferior a un mes de los nueve que dura usualmente un embarazo- en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido, esta Corporación ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución y ha ordenado el pago de la licencia de maternidad.

“7. Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes mencionada, en el caso de la señora Aracelys Olave Charris se debe revisar si se presenta una vulneración del derecho al mínimo vital de ella y de su hija Jazmín Carolina, por el no pago de la licencia de maternidad.

“7.1. 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 mínimo⁴⁰ o cuando el salario es su única fuente de ingreso⁴¹, y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor⁴².

“7.2. En el caso que se revisa se tiene que la señora Aracelys Olave Charris devenga mensualmente un salario mínimo y nadie ha alegado que además de su salario tenga otra fuente de ingreso. La accionante señala que es madre cabeza de familia y está probado en el expediente que es madre de la menor Jazmín Carolina Morales Olave, quien a la fecha tiene casi 17 meses de nacida. Se comprueba adicionalmente que para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (junio 3 de 2005) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija (julio 1 de 2004).

“Dados estos hechos, se concluye que el no pago de la licencia de maternidad vulnera el mínimo vital de la señora Aracelys Olave Charris y de su hija Jazmín Carolina.

“En estas condiciones, sería desproporcionado concluir que la accionante ha perdido su derecho, por no haber cotizado durante 17 días - tiempo en el que estuvo sin empleo- si se tiene en cuenta, por una parte, que la señora Aracelys ha estado afiliada a la EPS demandada desde septiembre de 2003, y que, salvo el mencionado lapso de 17 días, ha pagado de manera continua las cotizaciones correspondientes.

“De otro lado, se debe anotar que en el caso que se revisa, resultaba desproporcionado exigirle a la accionante que durante los 17 días que estuvo sin empleo, se afiliara al sistema de seguridad social como trabajadora independiente, y pagara la cotización correspondiente⁴³.

“Por tal razón, y teniendo en cuenta la afectación del mínimo vital de la accionante y de su hija a la que ya se hizo mención, se ordenará a Famisanar EPS que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Aracelys Olave Charris la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Jazmín Carolina, de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo, es decir, se ordenará a Famisanar EPS que le pague a la accionante el 93.7% de la mencionada licencia de maternidad⁴⁴.

De esta manera, se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006⁴⁵. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007⁴⁶ en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007⁴⁷, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”⁴⁸.

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

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

De esta manera, y atendiendo los anteriores criterios cuya razonabilidad justifica su aplicación, esta Sala de Revisión aplicará a los casos aquí revisados dicha posición jurídica.

9. ANALISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

En los casos objeto de revisión, se advierten como razones comunes a todas las reclamaciones hechas por las demandantes, las siguientes:

i. las accionantes manifiestan la urgencia del pago de la licencia de maternidad, pues ésta se erige en el único medio de subsistencia con que cuentan para el sostenimiento suyo, el de su hijo recién nacido, y en algunos caso para el sostenimiento de otras personas a su cargo, lo cual hace más gravosa la situación económica de sus hogares;

i. las accionantes son personas cuyas cotizaciones se hicieron en su gran mayoría teniendo como Ingreso Base de Cotización (IBC) un salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV), y en algunas ocasiones ingresos menores o levemente superiores, aclarando que las accionantes eran trabajadoras independientes, dependientes o desempleadas;

i. Todas las accionantes reclamaron de manera oportuna el pago de la licencia de maternidad, entendido este concepto de oportunidad, como que la reclamación se hizo dentro del marco de temporalidad ya planteado por la Corte Constitucional en sentencia T-999 de 2003), es decir dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho generador de la reclamación de la licencia de maternidad, es decir del momento del parto;

i. En la gran mayoría de los casos las accionantes no realizaron cotizaciones al SGSSS durante un lapso de tiempo igual al de la gestación, caso por lo cual habrán de aplicarse los criterios recientemente desarrollados por la Corte en relación con el reconocimiento total o proporcional de la licencia de maternidad.

Por su parte, las E.P.S. demandadas afirmaron que no autorizaron el pago de la licencia de maternidad a las accionantes en razón a que éstas no habían realizado los aportes durante todo el período de gestación, en algunos casos, en otros que dichos aportes habían sido extemporáneos, o que se dio su desafiliación al SGSSS durante el tiempo en que gozaban de la licencia de maternidad, no cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en las normas de rango legal que regulan el tema dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Conforme a lo manifestado por las accionantes y las entidades de salud demandadas, la Sala encuentra probado lo siguiente:

i. En aquellos casos en los que los aportes se hicieron durante todo el tiempo que duró la gestación, y que estos se hicieron extemporáneamente, se ordenará el pago de la licencia de maternidad de manera completa, en razón a haberse configurado la figura del allanamiento a la mora por parte de la E.P.S. accionada.

i. En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de Revisión tomará dos tipos de decisión, así:

a. En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).

a. En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas.

Además, y para efectos de facilitar el estudio de los casos objeto de revisión, se indicará que en aquellos casos en los que se procederá a revocar las decisiones judiciales proferidas, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales invocados como violados, ello se hará como base lo dispuesto por el artículo cuarto de la Constitución Política, que permite inaplicar las normas pertinentes de los Decretos 806 de 1998 (artículo 63), 047 de 2000 (artículo 3°, numeral 2°). Sólo se inaplicará el artículo 4 del Decreto 1406 de 1999 en el caso de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda (T-1579127).

En el caso de la señora Cristina Isabel Alfaro Vargas (expediente T-1572922), no se inaplicará norma alguna por cuanto en su caso se está ante un hecho superado.

Establecidos los anteriores lineamientos, se procederá a resolver los casos objeto de revisión, de la siguiente manera:

9.1 Expediente T-1547227

La señora Lourdes Amira Díaz Buelvas demandó a la E.P.S. COOMEVA por afectación de su mínimo vital.

La actora se afilió al SGSSS desde el 1° de febrero de 2006, y tuvo su parto el día 19 de septiembre del mismo año. Su período de gestación se extendió por espacio de treinta (39) semanas, mientras que las cotizaciones correspondieron tan solo a treinta (30) semanas. Como se advierte claramente en este caso, la accionante dejó de cotizar por un espacio de tiempo mayor de dos meses frente al total de tiempo de su gestación, razón por la cual se ordenará el pago proporcional de su licencia de maternidad

En consecuencia, en el presente caso, se revocará la sentencia proferida el 28 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena. En su lugar, se concederá la tutela solicitada y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no se hubiere hecho, proceda a pagar a la accionante la licencia de maternidad de manera proporcional a

las semanas cotizadas.

9.2 Expediente T-1549565

La señora Maribel Sánchez González se afilió a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S- desde el 15 de marzo de 2004, haciendo aportes como trabajadora independiente a través de una fundación.

La accionante dio a luz a su hijo el 10 de octubre de 2006, pero aún cuando pagó todas las cotizaciones, aquella correspondiente al mes de octubre la hizo un día después de la fecha límite para considerar dicho pago como oportuno. En efecto, la accionante canceló su cotización el día 6 de octubre, teniendo como fecha límite el quinto día hábil del mes, según el último dígito de su cédula de ciudadanía, razón por la cual el pago debió hacerse a más tardar el día 5 de octubre.

En el presente caso advierte la Corte, que el retraso tan solo de un (1) día en el pago de las cotizaciones en salud, no puede erigirse para la E.P.S. como causal suficiente para considerar que la accionante perdió su derecho a reclamar el reconocimiento prestacional por su licencia de maternidad.

Como lo advirtió la Sala en las consideraciones previas, ni la entidad accionada, ni el SGSSS podrá ver afectado su equilibrio económico o su viabilidad como sistema de seguridad social en el hecho de que el pago de una cotización mensual se hubiere retrasado tan solo 24 horas. Ciertamente, este resulta ser el caso de aplicación sistemática de las normas de carácter legal, con las cuales la entidad accionada privilegia el cumplimiento de una formalidad frente a derechos de carácter fundamental y de rango constitucional, desvirtuando el verdadero alcance de esta prestación social y vulnerando en consecuencia el mínimo vital de la accionante.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 23 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela, ordenándose a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud – S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Maribel Sánchez González, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.3 Expediente T-1549683

La señora Lisdey Gálvez Valencia se afilió a la E.P.S. COMFENALCO, Seccional Valle desde el 7 de febrero de 2006. Se advierte que para su primera consulta médica hecha el día 2 de abril, el médico que la atendió señaló que para esa fecha la accionante ya presentaba un período de gestación de diez (10) semanas. De esta manera, se puede presumir que la accionante quedó embarazada para la tercera semana de enero. La accionante es madre comunitaria afiliada a través del Centro de Desarrollo Comunitario FE y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de esta ciudad.

El parto de la accionante se produjo el día 11 de octubre de 2006. Al momento de reclamar su licencia de maternidad, la referida E.P.S. niega tal reconocimiento, aduciendo que no se cotizó de manera ininterrumpida durante todo el período gestación, pues se contabilizaron aportes por tan solo treinta y dos (32) semanas, mientras que su gestación se extendió aproximadamente por espacio de treinta y ocho (38) semanas.

Sin embargo, en tanto el término de gestación no está claramente definido, se advierte que de todos modos la accionante dejó de cotizar por un término menor a dos meses respecto de su período estimado de gestación, razón por la cual en este caso podrá ordenar el reconocimiento total de su licencia de maternidad.

Con todo, debe recordarse que la accionante en su condición de madre comunitaria, merece una especial protección y que la vinculación que esta haga al SGSSS a través del mencionado Centro de Desarrollo Comunitario FE y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de esta ciudad, no supone una relación laboral entre éste y aquella. Recordemos la respuesta remitida por el I.C.B.F. ante el requerimiento hecho por la Corte en este caso en particular.

“De todo lo anterior se colige que, a partir de la Ley 100 de 1993, las madres comunitarias fueron vinculadas al sistema de seguridad social en salud, a través del régimen subsidiado, por lo que tenían derecho a la atención en salud, pero no al reconocimiento de las prestaciones económicas. Posteriormente, a partir del 3 de agosto de 1999, fecha en la que entra en vigencia la Ley 509 de 1999, las madres comunitarias se vinculan al sistema en el régimen contributivo, adquiriendo así, las mismas prestaciones asistenciales y económicas de que gozan los afiliados al régimen contributivo. No obstante, también se obligan al pago de una cotización mensual.

“Así las cosas, en el caso de trato, se observa que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el régimen contributivo y la licencia de maternidad fue otorgada en vigencia de la ley 509 de 1999, por tanto tiene derecho a las prestaciones asistenciales y económicas propias de dicho régimen.

“(…).

* “El funcionamiento y desarrollo del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar es ejecutado directamente por la comunidad a través de las Asociaciones de Padres de Familia (hoy Asociaciones de Hogares de Bienestar), las cuales tienen personería jurídica y a ella pertenecen un número determinado de Hogares Comunitarios que son atendidos por Madres Comunitarias que pertenecen a la comunidad beneficiaria del programa.

* Dichas Asociaciones son las directas administradoras de los recursos asignados por el Gobierno representados en el Aporte que entrega el ICBF. Asimismo, administran los recursos provenientes de la comunidad consistentes en las tasas compensatorias pagadas por los Padres de familia de los menores que son atendidos en cada hogar comunitario.

* Las Madres Comunitarias son escogidas por la Asociación respectiva que maneja el programa y para ello se adelanta un proceso de selección y capacitación que permite tener un banco de Madres comunitarias.

La vinculación de las madres Comunitarias con el Programa fue expresamente definida en el Decreto 2019 de 1988, derogado por el Decreto 1340 de Agosto 10 de 1995, que en su Artículo 4°. la define nuevamente en los siguientes términos: “La vinculación de la madre comunitaria así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de ‘Hogares de Bienestar’, mediante su trabajo solidario constituye la contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones, que para el efecto se organicen, ni con las entidades públicas que en el participen. (Subraya y negrilla

fuera del texto original)

“(…).

* “El Decreto No. 047 de enero 19 de 2000 en su Artículo 17 trata lo referente al Régimen de Afiliación de las Madres Comunitarias y consagra:

‘Afiliación al régimen contributivo. La afiliación de las madres comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se efectuará en forma individual al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad: Social en Salud y se registrará como trabajador independiente.’ (Negrilla y subraya fuera del texto original).

* EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por no ser empleador de las Madre Comunitarias, no tiene la obligación legal de afiliarlas al Sistema de Seguridad Social.

La FUNDACION FE Y ALEGRIA, es una ONG, que administra el programa HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR, en el Distrito de Aguablanca de Cali, con la cual el ICBF ha venido suscribiendo contratos de aporte, para el funcionamiento del programa, atendiendo lo solicitado se verificó la información con el Centro Zonal del ICBF Suroriental, al cual le corresponde por ubicación el Programa, confirmándose que la señora LISDEY GALVEZ VALENCIA es actualmente Madre Comunitaria y su vinculación al mismo se produjo desde el 1° de febrero de 2006, estando activa actualmente.”

De esta manera, queda claro que la accionante es madre comunitaria afiliada a la E.P.S. COMFENALCO como trabajadora independiente, razón por la cual no existe ninguna responsabilidad ni del I.C.B.F. ni del Centro de Desarrollo Comunitario FE Y ALEGRÍA del barrio Laureano Gómez de Cali.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela ordenando a la E.P.S. COMFENALCO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y su aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Lisdey

Gálvez Valencia la totalidad de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas y la semanas de su período de gestación.

9.4 Expediente T-1552575

La señora Luz Shirley Cuervo López se afilió a la E.P.S. Humana Vivir desde el 18 de julio de 2004.

Señala que habiendo dado a luz el día 9 de febrero de 2006, reclamó su licencia de maternidad, la cual le fue negada.

En su caso aparece probado que para la fecha del parto tenía cotizadas de manera ininterrumpida tan solo treinta y cinco (35) semanas⁴⁹.

De esta manera, y presumiendo que el término de su gestación fue el máximo de cuarenta (40) semanas como lo supuso el mismo juez de instancia, se concluye de todos modos que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses, con lo cual se procederá a ordenar el reconocimiento de la totalidad de su licencia de maternidad.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada (Meta). En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. HUMANA VIVIR, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar a la señora Luz Shirley Cuervo López, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.5 Expediente T-1554056

La señora Rosana Elena Pimienta Mercado se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL como trabajadora dependiente desde el 25 de octubre de 2005.

Su parto se produjo el día 9 de junio de 2006, razón por la cual reclamó a dicha E.P.S. el reconocimiento de su licencia de maternidad, la cual le fue negada.

Adujo la misma E.P.S. que la accionante tuvo un período de gestación de treinta y cuatro (34) semanas y que las cotizaciones hechas por ella tan solo alcanzaron las veintiocho (28) semanas y nueve (9) días, (termino que realmente correspondería a veintinueve (29)

semanas y dos días).

Con esta información queda demostrado que la accionante dejó de cotizar menos de los dos meses respecto del tiempo de su gestación , razón por lo cual tendrá derecho al reconocimiento pleno de su licencia de maternidad.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Rosana Elena Pimienta Mercado, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.6 Expediente T-1554317

La señora María del Carmen Avella Fonseca se afilió desde 1999 a la E.P.S. SUSALUD.

Estando vinculada como trabajadora dependiente, fue desvinculada de la E.P.S. el 30 de enero de 2006, pues ya no laboraba con su empleador. Sin embargo, procedió a vincularse nuevamente a la misma E.P.S. el día 2° de febrero de 2006, pero ahora como trabajadora independiente, movida esencialmente por su estado de embarazo.

Así, dio a luz el día 10 de agosto de 2006. Más sin embargo, al momento de reclamar el pago de su licencia de maternidad, la E.P.S. SUSALUD le negó tal reconocimiento, aduciendo que no había cotizado ininterrumpidamente al SGSS durante su período de gestación, quedándole pendiente de cotizar un (1) día, correspondiente al 1° de febrero de 2006.

En esta nueva oportunidad se advierte que la accionante tuvo una interrupción en el pago de sus cotizaciones visto el cambio de su condición laboral, de trabajadora dependiente a independiente, lo que significó tan solo que se dejara de pagar un día de aportes, lo cual como ya se advirtió en las consideraciones expuestas en esta sentencia, no justifica la posición de la E.P.S. de negar el reconocimiento de dicha licencia, máxime cuando la accionante se encontraba desempleada al momento de reclamar dicha prestación.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida 5 de febrero de 2007 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. SUSALUD, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir

de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele en su totalidad la licencia de maternidad a la señora María del Carmen Avella Fonseca.

9.7 Expediente T-1555177

La señora Yiceth Paola Ramos Morán se afilió a la E.P.S. SALUDCOOP como trabajadora dependiente de la empresa Inversiones Santa Rosa.

La accionante dio a luz el día 18 de abril de 2006, razón por la cual reclamó el pago de su licencia de maternidad, petición que fue negada por la mencionada alegando que algunas de las cotizaciones hechas por el empleador fueron extemporáneas.

En esta oportunidad, la Sala tendrá en cuenta la línea jurisprudencial por ella desarrollada en torno a los pagos extemporáneos de las cotizaciones, aduciendo entonces, que en tanto los mismos fueron hechos sin que mediara rechazo alguno por parte de la entidad accionada, operó el allanamiento a la mora al haber aceptado los mismos, razón por la cual se ordenará el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

De esta manera, se revocará la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad (Atlántico). En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUDCOOP para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia de maternidad de la señora María del Carmen Avella Fonseca.

9.8 Expediente T-1567130

La señora Ruby Regina Pacheco Ortega se afilió desde el 24 de febrero de 1999 a la E.P.S. SALUD TOTAL en calidad de trabajadora dependiente de la empresa ULTRA Ltda., presentando sin embargo, varios retiros y posteriores reingresos al SGSSS.

La accionante dio a luz a su hija el 28 de abril de 2006, razón por la cual reclamó el pago de su licencia de maternidad.

Sin embargo, dicha prestación le fue negada por cuanto la accionante efectuó cotizaciones por treinta y cinco (35) semanas, mientras que su período de gestación fue de treinta y ocho

(38) semanas.

Frente a esta circunstancia, se puede concluir entonces, que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses frente al tiempo total de gestación, razón por la cual se ordenará en esta sentencia el reconocimiento de la totalidad de la licencia de maternidad.

Entonces, se revocará la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la señora Ruby Regina Pacheco Ortega, la totalidad de la licencia de maternidad por ella reclamada.

9.9 Expediente T-1572922

La señora Cristina Isabel Alfaro Vargas se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL como trabajadora independiente.

El día 24 de marzo de 2006 tuvo su parto, razón por la cual reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad.

Si bien dicha licencia de maternidad fue inicialmente negada en su pago por la E.P.S. accionada en tanto la accionante solo había cotizado 31 semanas de treinta y nueve (39) semanas que duró su período de gestación, en documento remitido a la Corte Constitucional por parte de la E.P.S. SALUD TOTAL, infirmó que la licencia de maternidad reclamada por la accionante ya le había sido cancelada el día veintidós (22) de diciembre de 2006, mediante el cheque No. 1189, razón por la cual se está ante un HECHO SUPERADO. Por ese motivo y en razón a la sustracción de materia, la acción de tutela debía cesar.

En esta oportunidad, en la medida en que el motivo que justificó la interposición de esta acción de tutela ya desapareció y se está entonces frente a un hecho superado, la Sala de todos modos procederá a revocar la decisión de instancia, pero no impartirá orden judicial alguna.

9.10 Expediente T-1575081

La señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano se afilió a la E.P.S. COOMEVA como

trabajadora dependiente de la empresa CORPODESA. Estuvo afiliada desde el mes de mayo de 2005 hasta noviembre de ese mismo año, y reinició sus cotizaciones en el mes de febrero de 2006, pero ya en condición de trabajadora independiente.

El 26 de agosto de 2006 dio a luz a su hijo, y al momento de reclamar su licencia de maternidad, la misma le fue negada por cuanto se habían hecho cotizaciones tan solo por veintiocho (28) semanas de las treinta seis (36) que duró su gestación.

En este caso, se puede observar que la accionante dejó de cotizar dos (2) meses exactamente. Este caso en particular se ubica justo en el límite temporal planteado por la jurisprudencia constitucional que se reitera en esta providencia, en tanto, se recuerda que se reconocerá la totalidad de la licencia de maternidad si la accionante ha dejado de cotizar hasta dos meses frente al total de semanas que duró su período de gestación.

Así, en el presente caso, se revocará la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2006 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla. En su lugar se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y sí aún no lo hubiere hecho, reconozca la totalidad de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano.

9.11 Expediente T-1575810

La señora Nancy Agudelo Londoño se afilió a la E.P.S. SALUD TOTAL desde hace varios años, y en particular en los últimos años con las empresas C.I. INVEXPORT S.A. y C.I. S.A.

El 12 de mayo de 2006 la accionante dio a luz, y por tal razón reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad. No obstante, la E.P.S. SALUD TOTAL le negó tal reconocimiento, aduciendo que la accionante había dejado de cotizar durante el mes de septiembre de 2005, lo que impedía el reconocimiento de dicha prestación, por cuanto no coincidía la cantidad de semanas cotizadas frente a las semanas de su período de gestación.

En efecto, en el presente caso, en respuesta al requerimiento hecho por la Corte a la empresa C.I. INVEXPORT Ltda., ésta señaló que dicha empresa había sido admitida por la Superintendencia de Sociedades al trámite de liquidación obligatoria el 16 de septiembre de 2005. Sin embargo, advierte que esta situación había sido puesta en conocimiento de la

mencionada E.P.S., y que la accionante había pasado a ser trabajadora de la empresa C.I.I. S.A. desde ese mismo mes, y que por imposibilidad económica el pago correspondiente al mes de agosto de 2005 y que debía hacerse en los primeros días de septiembre no se pudo realizar. Con todo, SALUD TOTAL E.P.S. debió acreditar dicha acreencia en los términos de la ley 222 de 1995, a efectos que la misma fuera reconocida, calificada y graduada como parte de las obligaciones causadas antes de entrarse en liquidación obligatoria, a efectos de que fuera pagada dentro del trámite de tal liquidación.

De esta manera, es claro que la E.P.S. puede reclamar el pago de dichos dineros por otra vía judicial, sin que ello implique afectar los derechos fundamentales de la accionante.

Con todo, y aún cuando la E.P.S. alega que la accionante dejó de cotizar durante un mes de su período de gestación, la accionante tiene derecho al pago integral de su licencia de maternidad por haber dejado de cotizar durante menos de dos meses respecto del tiempo total de su gestación..

Por ello, se revocará la sentencia del 4 de octubre de 2006, proferida por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. SALUD TOTAL que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Nancy Agudelo Londoño la totalidad de su licencia de maternidad.

La señora Yulli Vanessa López Izquierdo se afilió a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- desde hace dos (2) años. El pasado 20 de octubre dio a luz, por lo que reclamó el pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, la E.P.S. accionada negó tal petición, señalando que si bien la afiliación al SGSSS se había hecho desde el 29 de marzo de 2006, al confrontarse las semanas de cotizadas frente a las semanas de gestación, las primeras correspondieron tan solo a treinta y tres (33) semanas, mientras que la gestación fue de treinta y nueve (39) semanas.

En esta oportunidad, se advierte nuevamente que la accionante dejó de cotizar menos de dos meses respecto al tiempo que duró su período de gestación, con lo cual tiene derecho a la reconocimiento pleno de su licencia de maternidad, según las pautas jurisprudenciales que se siguen en el presente fallo.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 29 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Yulli Vanessa López Izquierdo, la totalidad de la licencia de maternidad.

9.13 Expediente T-1576786

La señora Indira Liliana Sánchez Romero se afilió a la E.P.S. COMFENALCO como trabajadora dependiente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión Empresarial, entidad a través de la cual se hicieron de manera puntual, las cotizaciones al SGSSS.

El día 26 de agosto de 2006, la accionante dio a luz a su hijo, y procedió a reclamar su licencia de maternidad.

No obstante, la E.P.S. COMFENALCO negó tal prestación advirtiendo que la accionante había cotizado tan solo treinta (30) de las treinta y siete (37) semanas de su gestación, razón más que suficiente para negar tal reconocimiento.

Al igual que en varios de los casos anteriores, se puede advertir que las semanas dejadas de cotizar por parte de la accionante fueron tan solo (7), tiempo inferior a dos meses, lo que permite aseverar que la accionante tiene derecho al pago de su licencia de maternidad.

Por lo anterior, se revocará la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia del 1° de febrero de 2006. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COMFENALCO, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Indira Liliana Sánchez Romero, la totalidad de la licencia de maternidad.

9.14 Expediente T-1579127

Luz Adriana Arboleda Rueda se afilió a la E.P.S. COMFENALCO a través de la cooperativa COOMEI desde el mes de junio de 2005.

El día 26 de marzo de 2006 tuvo lugar su parto, razón por la cual reclamó de la E.P.S. el pago de su licencia de maternidad. Sin embargo, COMFENALCO E.P.S. negó tal reclamación,

aduciendo que la accionante había sido retirada por cuenta de dicha cooperativa durante los meses de abril y mayo de 2006, época durante la cual la accionante se encontraba gozando de su licencia de maternidad, conducta se justifica la empresa en que el contrato laboral había terminado el 11 de abril de 2006.

En esta oportunidad, la E.P.S. COMFENALCO, apoyada en lo dispuesto por el parágrafo 2° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 señaló que si bien la accionante había cotizado durante TODO el tiempo de su gestación, tenía la obligación de “presentar la autoliquidación de aportes al SGSSS por todo el tiempo que duren dichas licencias o incapacidad”, lo cual obviamente no sucedió pues su contrato de trabajo había terminado según lo pactado.

En esta oportunidad, considera la Sala de revisión, que la E.P.S. reconoce que la accionante cotizó durante todo el tiempo de su gestación y que por lo mismo no plantea ninguna objeción frente a esta circunstancia.

Sin embargo, de aceptarse lo afirmado por la E.P.S. COMFENALCO en el sentido de que no se concedió la licencia de maternidad por no haberse cumplido estrictamente el contenido de la norma mencionada, ello, implicaría anteponer una norma cuya finalidad es garantizar la continuidad en el pago de aportes al SGSSS, a unos derechos fundamentales que se advierten por su titular como violados.

En efecto, en el presente caso la accionante manifiesta que le han sido violados sus derechos a una vida digna y al mínimo vital, en tanto que al encontrarse desempleada durante los meses en que gozó de su licencia de maternidad, en dicho tiempo no contó con ninguna fuente de recursos económicos que le permitiera solventar las necesidades más elementales tanto de ella como de su hijo recién nacido.

De esta manera, y en el entendido que lo que prima en este caso es la protección de los derechos fundamentales vulnerados por el no pago de la licencia de maternidad, y que estos son la razón de ser del amparo que aquí se reclama, la Sala procederá, en este caso en particular, a inaplicar el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, y en consecuencia, concederá la tutela de conformidad con las consideraciones generales aquí expuestas.

Por ende, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de

Medellín del 15 de diciembre de 2006. Se inaplicará el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. Se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COMFENALCO que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, la totalidad de la licencia de maternidad, por cuanto dejó de cotizar menos de dos (2) meses en relación con el tiempo que duró de gestación .

9.15 Expediente T-1579539

La señora María Mercedes Camargo Rueda se vinculó al SGSSS a través de la E.P.S. COLMÉDICA desde el mes de mayo de 2005.

Habiendo dado a luz el 12 de diciembre de 2005, la accionante reclamó el reconocimiento de su licencia de maternidad, petición que le fue negada por su E.P.S. con el argumento de que no había cotizado la misma cantidad semanas que su período de gestación. Dicha E.P.S. manifestó en su intervención en el trámite de la tutela, que la señora Camargo Rueda tan solo había cotizado doscientos diez (210) días de los doscientos setenta (270) días que duró aproximadamente su período de gestación, desconociendo la exigencia legal sobre aportes, y haciendo imposible de esta manera, el reconocimiento de dicha prestación. Además, en varias oportunidades los pagos mensuales se hicieron hasta con dos meses de retraso.

Efectivamente, en el presente caso, la señora María Mercedes Camargo Rueda, realizó aportes por espacio de seis meses y medio, que equivale realmente a veintiocho (28) semanas, tiempo muy inferior a las treinta y ocho punto cinco (38.5) semanas que duró su período de gestación.

Si bien la accionante, como trabajadora independiente afiliada al SGSS no fue muy diligente en el pago de sus cotizaciones, es claro de todos modos, que visto el ingreso base de cotización (IBC) que le sirvió para efectuar los referidos aportes en salud, se puede observar que su ingreso era de tan solo un salario mínimo, razón suficiente para considerar que no reconocerle su licencia de maternidad, compromete de manera importante, su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo. Sin embargo, el reconocimiento de su licencia de maternidad se hará de manera proporcional a las semanas por ella cotizadas.

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el Juzgado Segundo Penal del Circuito de

Barranquilla del 19 de enero de 2007. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COLMÉDICA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora María Mercedes Camargo Rueda, su licencia de maternidad en proporción a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

9.16 Expediente T-1579596

La señora Damaris Esther Aguas Martínez se afilió a la E.P.S. COOMEVA desde el 17 de noviembre de 2004. Asegura que aún cuando cotizó durante todo el período de gestación hasta el momento del parto, el 12 de junio de 2006, algunos de dichos pagos se hicieron de manera extemporánea, sin que en ningún momento la E.P.S. le hubiere hecho reclamo alguno.

Sin embargo, al momento de exigir el pago de su licencia de maternidad, la E.P.S. COOMEVA le negó tal reconocimiento aduciendo en efecto la morosidad de la afiliada, en pagar de manera puntual las referidas cotizaciones.

Si bien la tutela fue concedida en este caso, en virtud de la primacía de los derechos fundamentales de la accionante y su hijo, la segunda instancia revocó la decisión de primera instancia, invocando para el efecto criterios que no fueron motivo de discusión alguna por parte de la E.P.S.

En efecto, la E.P.S. COOMEVA soporta su negativa a reconocer la licencia de maternidad en el incumpliendo por parte de la afiliada en el pago puntual de las cotizaciones, pero jamás alegó que las semanas cotizadas hubieren sido menos que el período de gestación.

Ciertamente, al expediente de tutela fueron aportadas algunas más no todas las copias de los formularios de autoliquidación de aportes; ello no puede suponer que en efecto no se hubieren efectuado todas las cotizaciones durante el período de gestación.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S: COOMEVA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Damaris

Esther Aguas Martínez, la totalidad de su licencia de maternidad.

9.17 Expediente T-1597389

La señora Viviana Esther Contreras Burgos se afilió al SGSS a través de la E.P.S. COOMEVA desde el 1° de marzo hasta el 30 de agosto de 2006, como trabajadora dependiente de su empleadora Edelmira Moreno Meléndez. Desafiliada por su empleador se afilió nuevamente a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, pero ya como trabajadora independiente.

El parto de la accionante tuvo ocurrencia el día 21 de septiembre de 2006, luego de lo cual la actora reclamó el pago de la licencia de maternidad el día 11 de octubre del mismo año. Sin embargo, ésta le fue negada por la E.P.S. justificada en el hecho de que la accionante no había cumplido con los períodos mínimos de afiliación ininterrumpida.

De los hechos se advierte que la accionante tuvo cotizaciones desde el 1° de abril de 2006 hasta el 21 de septiembre de ese mismo, fecha de su parto, completando un total de veintitrés (23) semanas. Ahora bien, luego de analizar la intervención hecha por la apoderada de la E.P.S. en el trámite de esta tutela, se logra apreciar que cuando la accionante se vinculó laboralmente con su empleadora, estaba ya embarazada de tres (3) meses⁵⁰. Así, si se suman las semanas que tenía de embarazo la actora al momento de vincularse laboralmente a su empleadora, y que corresponden a doce (12) semanas o tres meses, y éstas se agregan a las aproximadas veintitrés (23) semanas de cotizaciones que hizo hasta el momento de su parto, tendríamos un gran total de treinta y cinco (35) semanas de gestación aproximadamente.

De esta manera, se puede considerar que la accionante dejó de cotizar más de dos meses frente al tiempo total de gestación. Por ello, en el presente caso, se considera la tutela pero ordenando que la licencia de maternidad le sea pagada a la señora Contreras Burgos, de manera proporcional a las cotizaciones hechas.

Así, se revocará la sentencia proferida por 26 de diciembre de 2006, por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla. En su lugar, se concederá la tutela y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Viviana Esther Contreras Burgos, su licencia de maternidad, de manera proporcional.

9.18 Expediente T-1556303

La señora Francy Estrella Oliveros Perdomo se afilió a la E.P.S. COOMEVA desde el 22 de febrero de 2005. manifiesta la actora que pagaba sus cotizaciones a través de la Cooperativa Servicios Andinos Ltda.

Habiendo quedado embarazada en el mes de septiembre de 2005, su parto se produjo el día 7 de junio de 2006, motivo por el cual procedió a reclamar el pago de su licencia de maternidad. No obstante, la E.P.S. COOMEVA negó el pago de la misma señalando que dicha obligación debía ser asumida por su empleador, visto que los pagos habían sido extemporáneos.

Si bien la empresa Servicios Andinos Ltda., fue vinculada proceso como parte accionada, se puede advertir claramente que la motivación dada por la E.P.S. COOMEVA tiene su origen en el pago inoportuno de las cotizaciones, consideración que no es aceptable en el presente caso, pues cuando los pagos se hicieron por fuera de los términos de ley, la entidad no alegó tal situación y solo vino a poner de presente tal irregularidad al momento en que le es reclamado el pago de una licencia de maternidad.

En este caso nuevamente habrá de aplicarse por la Sala de Revisión, los criterios jurídicos esbozados por la Corte en su jurisprudencia, en relación con el allanamiento a la mora. Además, en el presente caso, la accionante en escrito allegado a la Corte pone de presente su grave situación familiar y la afectación de su mínimo vital, pues se encuentra desempleada y tiene a su cargo a su hijo recién nacido y a otro menor de seis años con dificultades auditivas.

En efecto recordemos el contenido del certificado de licencia de maternidad expedido el 13 de junio de 2006 por la E.P.S. COOMEVA en el que señala que no se reconocerá la prestación económica por maternidad, porque:

“A la fecha de ocurrencia del evento existen períodos sin pago por el aportante. (Decreto 806/1998 art.60). El Ingreso Base de Cotización (IBC) correspondiente la período base de liquidación no se encuentra registrado. Le será enviado por correo el documento en el cual se indica el resultado de las validaciones que en el momento no se puedan efectuar. (Los aportes fueron efectuados fuera de las fechas exigidas por la Ley (decreto 1804/1999, Art. 21

numeral 1).” (Negrilla y subraya fuera del texto original).51

Por lo anterior, se revocará la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva. En su lugar, se concederá la tutela, y se ordenará a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Francly Estrella Oliveros Perdomo la totalidad de su licencia de maternidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REANUDAR el término para resolver la revisión, el cual fue suspendido mediante Auto de fecha 14 de mayo de 2007

Segundo. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política para los casos concretos de las señoras Lourdes Amira Díaz Buelvas, Maribel Sánchez González, Lisdey Gálvez Valencia, Luz Shirley Cuervo López, Rosana Elena Pimienta Mercado, María del Carmen Avella Fonseca, Yiceth Paola Ramos Moran, Ruby Regina Pacheco Ortega, Cristina Isabel Alfaro Vargas, Consuelo Lina Blanquicett Zambrano, Nancy Agudelo Londoño, Yulli Vanessa López Izquierdo, Indira Liliana Sánchez Romero, María Mercedes Camargo Rueda, Damaris Esther Aguas Martínez, Viviana Esther Contreras Burgos y Francly Estrella Oliveros Perdomo, el Decreto 806 de 1998, artículo 63 y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2º.

Para el caso de la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, INAPLICAR el artículo 4 del Decreto 1406 de 1999.

Tercero. REVOCAR la sentencia proferida el 28 de diciembre de 2006 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartagena en el expediente T-1547227. En su lugar, CONCEDER la tutela solicitada, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no se hubiere hecho,

proceda a pagar a la señora Lourdes Amira Díaz Buelvas la licencia de maternidad de manera proporcional a las semanas cotizadas.

Cuarto. REVOCAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cali en el expediente T-1549565. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud - S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Maribel Sánchez González, la totalidad de su licencia de maternidad.

Quinto. REVOCAR la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Once Penal Municipal de Cali en el expediente T-1549683. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Lisdey Gálvez Valencia la totalidad la licencia de maternidad, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas y las semanas de su período de gestación.

Sexto. REVOCAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada (Meta), en el expediente T-1552575. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. HUMANA VIVIR, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar a la señora Luz Shirley Cuervo López, la totalidad de la licencia de maternidad.

Séptimo. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1554056. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Rosana Elena Pimienta Mercado, la totalidad de la licencia de maternidad.

Octavo. REVOCAR la sentencia proferida 5 de febrero de 2007 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá en el expediente T-1554317. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. SUSALUD, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele en su totalidad la licencia de maternidad a la señora María del Carmen Avella

Fonseca.

Noveno. REVOCAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), en el expediente T-1555177. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUDCOOP para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a cancelar la totalidad de la licencia de maternidad de la señora María del Carmen Avella Fonseca.

Décimo. REVOCAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1567130. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la señora Ruby Regina Pacheco Ortega, la totalidad de la licencia de maternidad por ella reclamada.

Décimo primero. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2007 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla en el expediente T-1572922, cuya accionante es la señora y en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto, razón por la cual no se impartirá orden alguna.

Décimo segundo. REVOCAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2006 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Barranquilla en el expediente T-1575081. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, reconozca la totalidad de la licencia de maternidad a que tiene derecho la señora Consuelo Lina Blanquicett Zambrano

Décimo tercero. REVOCAR la sentencia del 4 de octubre de 2006, proferida por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín en el expediente T-1575810. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Nancy Agudelo Londoño la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo cuarto. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2007 por el Juzgado Cuarto

Civil Municipal de Cali en el expediente T-1575897. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.-, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Yulli vanessa López Izquierdo, la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo quinto. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia del 1° de febrero de 2006 en el expediente T-1576786. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Indira Liliana Sánchez Romero, la totalidad de la licencia de maternidad.

Décimo sexto. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín del 15 de diciembre de 2006 en el expediente T-1579127. INAPLICAR el parágrafo 2 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 sólo en el presente caso. CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Luz Adriana Arboleda Rueda, la totalidad de la licencia de maternidad

Décimo séptimo. REVOCAR la sentencia proferida el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla del 19 de enero de 2007 en el expediente T-1579539. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COLMÉDICA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora María Mercedes Camargo Rueda, su licencia de maternidad en proporción a las semanas cotizadas respecto de su período de gestación.

Décimo octavo. REVOCAR la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo en el expediente T-1579596. En su lugar, CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Damaris Esther Aguas Martínez, la totalidad de su licencia de maternidad por haber operado el allanamiento a la mora.

Décimo noveno. REVOCAR la sentencia proferida por 26 de diciembre de 2006, por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Barranquilla en el expediente T-1597389. En su lugar,

CONCEDER la tutela y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Viviana Esther Contreras Burgos, su licencia de maternidad, de manera proporcional.

Vigésimo. REVOCAR la sentencia proferida el 15 de enero de 2007 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Neiva, en el expediente T-1556303. En su lugar, CONCEDER la tutela, y ORDENAR a la E.P.S. COOMEVA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, cancele a la señora Francy Estrella Oliveros Perdomo la totalidad de su licencia de maternidad.

Vigésimo primero. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 31 del expediente objeto de revisión.

2 El artículo 44 de la Constitución Política dice así:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud

y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (negritas fuera del texto original)

3 El artículo 43 de la Constitución Política dice:

“ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

“El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia».” (negritas fuera del texto original)

4 Sentencia C-470 de 1997 de la Corte Constitucional.

5 Sentencia T-1913 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

6 Sentencia T-1013 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 Sentencia T-640 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 La Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia en los siguientes casos: T-270 de 1997, M.P.

Alejandro Martínez Caballero; T-662 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-210 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-365 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-558 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; T-805 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-467 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-706 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-765 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-950 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-978 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1090 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-157 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-158 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-159 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-160 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-694 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-736 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1002 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-880 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-885 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-323 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

13 Corte Constitucional, Sentencias T-426 de 1992, T-125 de 1994 y T-458 de 1997, entre otras.

14 Corte Constitucional, Sentencias T-011 de 1998, SU-995 de 1999 y T-1006 de 1999, entre otras.

15 Corte Constitucional, Sentencias T-146 de 1999, T-1103 y SU 1354 de 2000, entre otras.

16 El derecho al reconocimiento y pago del descanso por maternidad o licencia de maternidad, se encuentra consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993, que establecen que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce (12) semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso.

17 Ver entre otras Sentencias, la T-175, T-210, T-362, y T-496 de 1999, T-497 y T-664 de 2002.

18 Sentencias T-568 de 1996, T-270, T-567 y T-662 de 1997, T-104, T-139, T-210, T-365, y

T-458 de 1999, T-258, T-467 y T-1168 de 2000, T-736 y T-1002 de 2001 y T-707 de 2002.

19 Sentencias T-458 de 1999, T-765, T-906, T-950, T-1472, y T-1600 de 2000, T-473, T-513, T-694, T-736, y T-1224 de 2001, T-211, T-707 y T-996 de 2002 y T-922 de 2004.

20 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-1243 de 2005. Entre otras Sentencias se pueden consultar las siguientes: T-906 de 2006, T-053 de 2007 y T-122 de 2007.

22 Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

23 La Corte Constitucional en sentencias T-075, T-157 de 2001, T-161, T-473, T-572, T-736, y T-1224 de 2001 y T-702 de 2002, entre otras, con el fin de hacer efectiva la especial protección de la cual goza la mujer, no sólo durante el período de gestación, sino después del parto, de manera excepcional ha considerado que la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuando ante la ausencia del mismo se vulnera de manera directa el mínimo vital no sólo de la madre sino del recién nacido, dado el carácter prevalente de sus derechos.

24 Sentencia T-304 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Porto Sierra.

26 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

28 Sentencia C-177 de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

29 Ibídem.

30 Sentencia T-1224/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

31 En este caso la Corte niega el pago de la licencia de maternidad, en tanto la tutela se interpuso el 31 de julio de 2002, fecha posterior a la finalización del término de licencia de

maternidad, que comprendió del 11 de marzo de 2002 al 2 de junio del mismo año. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

32 La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, la sentencia T- 029 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Este criterio fue utilizado en la sentencia T-075/01 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, al indicar que “en el presente caso se tiene que para la época en que se admitió la demanda de tutela -12 de junio de 2000-, ya había expirado el tiempo de licencia, pues según consta en el expediente (folio 4), aquélla principió el 17 de marzo de 2000. En consecuencia, el daño que pudo haber sufrido la peticionaria y su hijo ya se consumó y, por tanto, como bien lo estimó el juez de instancia, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”.”

34 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

35 Sentencia T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

36 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

37 Ver sentencia T-1168 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

38 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy), 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).

39 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-549 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1010 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-931 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Estos cuatro casos se refieren al pago de la licencia de maternidad de trabajadoras que no cotizaron durante todo el tiempo de la gestación, por haber cambiado de trabajo, y haber existido entonces un lapso en el que no tuvieron empleo. En ninguna de las citadas sentencias el lapso de días sin cotizar superaba los 30 días (en la sentencia T-790 de 2005 fueron 30 días; en la sentencia T-549 de 2005 fueron 22 días; en el expediente T-956011, que fue acumulado con otros y fue fallado en la sentencia T-1010 de 2004, fueron 30 días; y en la sentencia T-931 de 2003 fueron 11 días).

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

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

43 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.

44 Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la accionante cotizó 253 días al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante los 270 días de la gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante la referida gestación, es proporcional que la accionante reciba el 93.7% de la licencia de maternidad.

45 Magistrado Ponente Álvaro tafur Galvis.

46 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

48 Ibídem.

49 Ver folio 9 del expediente de tutela.

50 Ver folio 20 del expediente de tutela.

51 Ver folio 16 del expediente de tutela.