

Sentencia T-674/06

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos reconocimiento y pago

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia de tutela aún cuando exista discusión sobre periodos de cotización

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para reclamarla

Referencia: expediente T-1336503

Acción de tutela interpuesta por Angélica María Daza Carreño contra Salud Total E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y NILSON PINILLA PINILLA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos planteados en la demanda.

Manifiesta la accionante, que desde el 15 de mayo de 2002 hasta el 2 de abril de 2004, cotizó a Salud Total como trabajadora independiente, fecha en que se retiró por cuanto pasó a ser beneficiaria de su esposo.

En la demanda de tutela afirma, que nuevamente el 30 de junio de 2004 volvió a ser

cotizante de Salud Total. Aduce entonces, que el día 11 de abril de 2005 nació su hijo, razón por la cual se acercó a Salud Total a reclamar el pago de la licencia de maternidad, prestación que fue negada por parte del ente accionado por no tener la totalidad de semanas cotizadas para el reconocimiento de la licencia.

Finalmente, considera la accionante que el ente demandado viola sus derechos y los de su hijo a la vida digna, mínimo vital, a la igualdad y a la salud, en la medida en que tiene que velar por la salud, el bienestar y la vida de su pequeño hijo. Por lo anterior solicita, se ordene a Salud Total E.P.S seccional Valledupar, reconozca y pague la licencia de maternidad.

## 2. Contestación de la entidad demandada

La Gerente de Salud Total E.P.S sucursal Valledupar, se opuso a las pretensiones de la accionante al considerar que ésta no tenía derecho a reclamar el pago de la licencia de maternidad.

Manifiesta, que la peticionaria surtió su afiliación al régimen contributivo en calidad de trabajadora dependiente de la empresa “Delgado Cediél Nelson-Pinturas Bellavista”, en el mes de mayo de 2002 hasta el mes de marzo de 2004, fecha en que el empleador reportó la novedad de su retiro laboral.

Aduce, que la actora se afilió a esa entidad como beneficiaria del señor José Tulio Fonseca López el 5 de mayo de 2004 hasta el mes de junio de ese mismo año, cuando se reportó a esa E.P.S la novedad de exclusión como beneficiaria del señor Fonseca López.

Indica, que en el mes de agosto de 2004 nuevamente se registraron pagos por concepto de los aportes en salud de la accionante, por parte de un nuevo empleador "Suministros Cacique del Valle Ltda", empresa que reportó a esta entidad la novedad de su retiro laboral en el mes de abril de 2005.

Asegura entonces, que la accionante para la fecha de causación del derecho al reconocimiento económico derivado de su licencia de maternidad, es decir, el 11 de abril de 2005, había cotizado al sistema de salud por un término de 7 meses, como trabajadora dependiente del empleador "Suministros Cacique del Valle Ltda".

Expone, que para tener derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud se hace necesario haber cotizado por un término igual al de la gestación y que el pago de los aportes en salud se hayan efectuado ininterrumpidamente durante dicho período, tal y como lo dispone el artículo 3, numeral 2 del Decreto 047 de 2000.

Informa, que esa entidad procedió a revisar la base de datos y encontró que la accionante no había cotizado al sistema de salud durante todo su período de gestación y que el pago de sus aportes no se habían efectuado dentro de la oportunidad legal.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Pruebas que obran dentro del expediente.

\* Copia del carné de afiliación a Salud Total E.P.S de Angélica María Daza Carreño. (folio 8).

\* Copia de la cédula de ciudadanía de Angélica María Daza Carreño (folio 9).

\* Copia del carné de afiliación a Salud Total E.P.S y Copia de la cédula de ciudadanía de José Tulio López Fonseca, esposo de la accionante. (folio 10).

\* Copia del certificado de nacimiento expedido por el DANE del hijo de la accionante. (folio 11).

\* Licencia de maternidad expedida por Salud Total E.P.S a nombre de la señora Angélica María Daza Carreño, en la que se consigna que los 84 días de incapacidad iniciaron desde el 12 de abril de 2005 y terminaron el 4 de julio de 2005. (folio 13).

\* Formato de negación de servicios de salud, en donde no se reconoce el pago de la licencia de maternidad por tener un número de semanas de cotización inferior al número de semanas de gestación. (folio 14).

\* Copia de formato de afiliación de la accionante a Salud Total E.P.S como cotizante. (folio 17).

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

## 1. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, mediante sentencia de 12 de enero de 2006, concedió el amparo de los derechos de la actora al determinar que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho que el Estado está obligado a proteger por mandato de la Constitución en sus artículos 43 y 53 y, en consecuencia, la ley no puede establecer requisitos que lo hagan nugatorio, siendo la licencia el mínimo vital que garantiza su manutención durante la época que la madre necesita para restablecerse.

En consecuencia, ordenó a la empresa accionada a autorizar el pago de la licencia de maternidad a la accionante.

## 1. Impugnación.

La Gerente de Salud Total E.P.S impugnó la decisión de primera instancia. Estimó que la accionante no reunía los requisitos establecidos por la normatividad para acceder a la prestación solicitada por cuanto había cotizado al sistema de salud durante 7 meses y el pago de sus aportes en salud por parte de su empleador se efectuó de manera extemporánea.

A su juicio, no encuentra procedente el reconocimiento económico derivado de la licencia de maternidad de la señora Daza, con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo responsabilidad de su empleador.

## 1. Sentencia de Segunda Instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, mediante providencia del 28 de febrero de 2006, revocó la sentencia de primera instancia. Estimó el adquem que para la época en que se admitió la tutela, ya había expirado el tiempo de la licencia pues empezó el 11 de abril de 2005 y finalizó el 5 de julio de 2005, razón por la cual entendió que la acción se presentó de manera extemporánea.

Igualmente, sostuvo que la tutela no es el mecanismo para definir obligaciones dinerarias, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

### 1. Problema Jurídico a resolver

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar si es posible reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando no se ha cotizado de manera completa y oportuna durante todo el período de gestación, y si es necesario que la madre deba reclamar su pago antes que se cumpla el término de la licencia. Además, si su negativa vulnera o no los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud y la seguridad social de la señora Angélica María Daza Carreño y de su hijo.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: (i) la naturaleza de la licencia de maternidad, (ii) el allanamiento a la mora, (iii) los períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, (iv) la oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.. Una vez abordados estos asuntos, entrará a determinar si la señora Angélica María Daza Carreño tiene o no derecho al amparo solicitado.

## 2.1 Naturaleza de la licencia de maternidad

El artículo 43 de la Constitución Política establece que:

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. (negrillas fuera del

texto).

La Constitución, además, protege a las madres con el propósito de salvaguardar a los niños, cuyos derechos, según expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (Art. 44 de la Constitución Política).

Sobre la finalidad de la licencia de maternidad, la Corte en sentencia T-559 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil, estimó que el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo tiene por objeto “permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida”.<sup>1</sup>

Así mismo, esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, consideró que dicha prestación económica tiene como finalidad reconocer y pagar en favor de la madre, un descanso que le permita “recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.”<sup>2</sup>

De igual forma, en sentencia T-664 de 2002, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo que la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital y está ligada con el derecho a la vida en condiciones dignas. Al respecto la Corte concluyó:

“el mínimo vital es aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social. Para esto, se requiere de la existencia de recursos económicos que permitan una vida digna y justa”.

...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”<sup>3</sup>.

Así pues, una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la licencia remunerada, la cual además de ser una prestación económica definida en la ley, hace parte del mínimo vital, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el tiempo posterior al nacimiento de su hijo. La finalidad de la licencia es proveer un descanso remunerado a la mamá en la época del parto y con posterioridad al mismo, para que se recupere físicamente y pueda atender sus necesidades básicas y las del recién nacido en las mismas condiciones que si se encontrara laborando, para lo cual es necesario que cuente con medios económicos.

La licencia de maternidad entonces es una protección consagrada por la ley en beneficio de la maternidad. Es una prestación económica prevista en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, norma modificada por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto y remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

Teniendo en cuenta que éste derecho es una prerrogativa de orden legal, en principio, deberá discutirse ante la jurisdicción ordinaria laboral. No obstante, la Corte ha considerado<sup>4</sup> que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental de la madre y del menor a una vida en condiciones dignas, cuando el valor que se percibe por éste concepto durante el período de licencia constituye su único sustento.

Por ello, debe tenerse en cuenta que a pesar de que la licencia de maternidad como derecho específico dentro de la protección a la maternidad y en general de la seguridad social, tiene un contenido eminentemente prestacional, ubicándose como un derecho de categoría económica, puede llegar a constituirse en un derecho fundamental cuando por conexidad se afectan derechos y principios como la dignidad humana y los derechos del niño.

Al respecto, esta Corporación a través de múltiples providencias<sup>5</sup>, ha previsto la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para ordenar su pago, teniendo en cuenta que el otro mecanismo judicial con que cuenta la madre (acción ordinaria laboral) no resultaría eficaz o idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su hijo.

De lo anterior se infiere que la licencia de maternidad a pesar de ser una prestación de orden legal, puede ordenarse su pago por vía de tutela cuando su no reconocimiento vulnere la calidad de vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de la madre e hijo.

## 2.2 Allanamiento a la mora. Reiteración de jurisprudencia

Dentro de las obligaciones que tienen los empleadores está contribuir al financiamiento del

Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- girando oportunamente el valor de los aportes y cotizaciones a la respectiva EPS. De lo anterior, depende el pago de la licencia de maternidad, que en principio, le corresponde cancelar a la respectiva EPS<sup>6</sup>, salvo que el empleador haya incurrido en mora en las cotizaciones al SGSSS y las mismas sean rechazadas por dicha circunstancia, situación que conlleva a que éste último deba asumir el pago de la licencia.

Sin embargo, esta Corporación en abundante jurisprudencia<sup>7</sup> ha tenido en cuenta la figura del “Allanamiento a la mora”, que se configura cuando a pesar de que el pago fue tardío, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la reclamación de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas o parciales.

La Corte considera que también hay allanamiento a la mora cuando se reciban los aportes o cotizaciones de manera incompleta y se continúen admitiendo, por parte de la entidad promotora de salud, los pagos de los meses siguientes sin hacer ninguna objeción.

La Corte ha establecido que en aquellos casos la EPS debe dar cumplimiento a su obligación de pagar la licencia de maternidad a la afiliada y prestar todos los servicios médicos que requiera.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así pues, cuando tales cotizaciones y aportes se han realizado al sistema en forma ininterrumpida aunque por fuera del término establecido en las normas reglamentarias o de forma incompleta y la EPS no los rechaza ni hace el respectivo requerimiento, se configura el

fenómeno del “Allanamiento a la mora”. En tal situación, la entidad promotora de salud no puede negarse a reconocer y pagar la licencia de maternidad con el citado argumento, pues esta figura sanciona la negligencia o inactividad de la entidad para cobrar cuanto le ha sido adeudado (aportes, cotizaciones o intereses de mora por pagos extemporáneos)<sup>8</sup>.

2.3 Períodos mínimos de cotización para reconocimiento y pago de la licencia por maternidad. Procedencia de la acción de tutela aún cuando exista discusión sobre periodos de cotización.

En relación con el pago de la licencia de maternidad, el decreto 047 de 2000<sup>9</sup>, dispone que para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Ahora bien, si la trabajadora no cotiza durante todo el período de gestación el pago de la licencia es responsabilidad del empleador, tal y como lo establece el artículo 3 del decreto 047 de 2000, cuando dispone que es deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, para que pueda imputarse tal responsabilidad al empleador deberá constatar que éste ha incumplido los deberes que tiene frente al sistema de seguridad social. Es decir, deberá demostrarse que el empleador no pagó los aportes o que éstos fueron rechazados por extemporáneos<sup>10</sup>.

Igualmente, esta Corte ha considerado que la negativa de las E.P.S a pagar la licencia de maternidad por no haber cotizado durante todo el período correspondiente a la gestación, en ciertos casos, constituye un argumento formal que se pretende hacer prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial, que es el derecho al descanso remunerado en la época del parto.

Esta Corporación en Sentencia T- 304 de 2004, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería al respecto consideró lo siguiente:

“De otro lado, el Instituto de Seguros Sociales no puede escudarse válidamente en que la actora no cotizó durante todo el período de gestación. En realidad, la negativa de esa entidad a reconocer y pagar la licencia se funda en un argumento formal que se pretende hacer prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial, que es el derecho al descanso remunerado en la época del parto. Y es que no puede desconocerse que la actora empezó a cotizar como trabajadora independiente desde el mes de marzo de 2002, por lo cual la misma cotizó más de ocho meses anteriores al parto, ni puede pasar inadvertido que existe 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. En particular, la Sala observa que esa duda no puede ser esgrimida en perjuicio de la peticionaria y de sus menores hijas. Y en tal sentido destaca que las normas precitadas contienen un requisito -haber cotizado durante todo el período de la gestación- cuya aplicación mecánica en casos como el presente provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo. Por ello, en el caso bajo revisión aplicará las normas de mayor jerarquía, esto es, las constitucionales, que constituyen un plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para los hijos de éstas menores de un año.”

Así mismo, en sentencia T-947 de 200511, la Corte ordenó el pago de la licencia de maternidad aun cuando los pagos no fueron realizados dentro de los cinco primeros días del mes correspondiente al período de cotización y además, no obra constancia del pago de algunos de los meses precedentes a la fecha del alumbramiento. En dicha oportunidad la Corte consideró que se configuró el allanamiento a la mora por parte de la E.P.S. accionada, ya que dicho ente recibió las cotizaciones y los pagos posteriores sin hacer requerimiento alguno. Además, estimó que los requisitos establecidos en el Decreto 047 de 2000 sobre los períodos mínimos de cotización para obtener el pago de la licencia de maternidad vulneran los derechos fundamentales de las usuarias del servicio de salud, razón por la cual inaplicó dichas normas y dio aplicación prevalente a las normas de mayor jerarquía, esto es, a los artículos 43, 44 y 53 de la Constitución, que establecen la especial protección al trabajo y a la mujer durante el embarazo y la época subsiguiente al parto, así como para los hijos de éstas menores de un año.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T-1205 de 200512, tuteló los derechos de una madre y su hijo recién nacido pese a que sólo se habían cotizado seis meses del período de gestación. Para la Corte, la accionante en esa oportunidad había cotizado ininterrumpidamente, más de seis meses anteriores al parto, periodo durante el cual se entiende cumplido el requisito de haber cancelado los aportes - al menos cuatro de ellos - durante los seis meses anteriores al momento en que se causa el derecho. Por tanto, la E.P.S. accionada no puede validamente negar las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad con fundamento en el argumento según el cual la solicitante no cumplió con ese requisito, pues ello se traduce en una interpretación de la norma que haría nugatorio el ejercicio del derecho constitucional, optando por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, como es el derecho al descanso remunerado en la época posterior al parto.

En igual sentido, la Sala Novena de Revisión con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en sentencia T-1298 de 2005 amparó los derechos de una madre y de su hija recién nacida, en un caso donde la madre había cotizado ocho de los nueve meses de gestación, aplicando las normas constitucionales sobre las legales, al establecer que la licencia de maternidad constituía el mínimo vital de la madre y de la hija.

De modo que, la aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación, provoca que el derecho a la prestación económica relativa a la licencia por maternidad sea inocuo, razón por la cual si la cotización no se extendió a todo el período de la gestación, cuando la madre y el hijo dependan económicamente de la licencia de maternidad deben aplicarse las normas constitucionales que abrogan para que durante el embarazo y después del parto, la mujer goce efectivamente de especial asistencia y protección del Estado, así como su menor hijo.

2.4 Oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería<sup>13</sup>, avanzó en la protección de los derechos de la madre y del hijo, en cuanto a la oportunidad para interponer la acción de tutela para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

En dicha providencia esta Corporación sostuvo que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondientes al término legal de su licencia, se convirtieron con el paso del tiempo en un formalismo 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.”

Además de lo anterior, consideró que la demora con la que las empresas promotoras de salud respondían las peticiones de las madres, las llevaba 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”.

Por ende, aquella Sala concluyó que 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 lo venía aceptando jurisprudencialmente esta Corporación, lo anterior por las siguientes razones:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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 progenitora, 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”

Por los citados argumentos, los 84 días exigidos con anterioridad para interponer la acción de tutela y solicitar el pago de la licencia, se tornaron en un formalismo que no garantizaba los derechos fundamentales de la madre ni del recién nacido, sin olvidar que en la mayoría de los casos las mamás no podían interponer la acción de tutela a tiempo por culpa de las EPS que se demoraban al dar respuesta a sus peticiones. Por ende, el plazo para reclamar el pago de la licencia de maternidad por medio de la acción de tutela cuando su no pago afecta la vida digna, la salud, la seguridad social y el mínimo vital de la madre y del recién nacido es de un año de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política.

## 2.5 Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñados, procede esta Sala a determinar si la EPS Salud Total ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Angélica María Daza Carreño y de su hijo, al negarse a pagar la licencia de maternidad.

Para resolver el caso encuentra la Sala que la accionante reclama el pago de la de la licencia de maternidad, como sustento económico de su hijo y el suyo propio. Por su parte, la E.P.S accionada se niega a efectuar dicho pago a partir de tres criterios (i) que no se realizaron los

pagos durante todo el período de gestación, (ii) que los pagos que se efectuaron son extemporáneos y, (iii) que en la medida en que el tiempo de la licencia de maternidad ya terminó, el perjuicio ya se encuentra superado.

En primer lugar, en lo atinente con la oportunidad para interponer la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad, el juez de segunda instancia consideró que ya había expirado el tiempo de la licencia de la accionante pues empezó el 11 de abril de 2005 y finalizó el 5 de julio de 2005, razón por la cual entendió que la acción de tutela se presentó de manera extemporánea. Contrario a lo afirmado por el adquem, la Sala aprecia que aquella fue repartida al Juzgado 6 Civil Municipal de Valledupar el 7 de diciembre de 2005 (folio 7) y el hijo de la señora Daza Carreño nació el 11 de abril de 2005, por ende, entre la presentación de la presente acción y el nacimiento del menor no transcurrieron más de 12 meses, por lo tanto y de conformidad con la jurisprudencia citada, la demandante planteó el presente caso ante el juez de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

En segundo lugar, en relación con la negativa de Salud Total E.P.S de pagar la licencia de maternidad por no haber cotizado durante un período equivalente al período de gestación, encuentra la Sala que de las pruebas aportadas se pudo constatar que la accionante se afilió nuevamente al SGSSS como cotizante el 17 de agosto de 2004<sup>14</sup> y no desde el 30 de junio de 2004 como lo había afirmado la actora en la demanda de tutela, así como que dio a luz a su hijo el 11 de abril de 2005<sup>15</sup>, período durante el cual cotizó de manera ininterrumpida.

Así pues, durante el periodo de gestación, esto es, de agosto de 2004 hasta abril de 2005, la accionante cotizó 35 semanas al SGSSS. Así mismo, la Sala pudo verificar que el periodo de gestación de la actora tuvo una duración de 39 semanas<sup>16</sup>. De lo anterior se concluye que a la Señora Daza Carreño le faltó cotizar cuatro semanas para completar el tiempo requerido en el decreto 047 de 2000, que exige que la trabajadora haya cotizado durante todo su periodo de gestación.

Sin embargo, no puede perderse de vista lo expuesto en las consideraciones precedentes en cuanto a que “de acuerdo con la doctrina sostenida por esta Corporación, los requisitos contenidos en el artículo 3, num. 2º del Decreto 047 de 2000 acerca de un número mínimo de semanas cotizadas para acceder a la licencia de maternidad, son inconstitucionales en ciertos casos en los cuales afecta los derechos fundamentales de la madre y del niño. Por ende, tales disposiciones deben ser inaplicadas”.17

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el caso que se revisa, de los hechos narrados por la E.P.S accionada, la Sala observa que el empleador reportó a esa entidad la novedad de retiro laboral de la accionante finalizado el mes de abril de 2005. Teniendo en cuenta lo anterior y que la señora Daza Carreño devengaba un salario mínimo como remuneración, según consta en el formato de afiliación a Salud Total como cotizante<sup>23</sup>, la licencia de maternidad es el único dinero o ayuda con la que cuenta para solventar sus necesidades y las de su hijo, constituyéndose en su mínimo vital. La anterior situación no fue desvirtuada por la entidad demandada, razón por la cual la Sala la toma por cierta.

Por tanto, la E.P.S. accionada no puede validamente negar las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad con fundamento en el argumento según el cual la solicitante no cumplió con el requisito de haber cancelado las cotizaciones durante todo el período de gestación, pues como ya se anotó la licencia de maternidad constituye su mínimo vital, debido a que no se encuentra trabajando. Por ello, en el caso bajo revisión aplicará las normas de mayor jerarquía, esto es, las constitucionales, que constituyen un plexo de garantías para las mujeres en la época del parto y para los hijos de éstas menores de un año (C.P. 43, 44, 50 y 53).

Por último, sobre la oportunidad del pago como requisito para acceder a la licencia de maternidad, de los hechos se concluye que la E.P.S Salud Total se allanó a la mora del empleador de la accionante. Según afirma el ente accionado, una vez revisada la base de datos encontró que el pago de los aportes de la señora Daza Carreño no se habían efectuado dentro de la oportunidad legal, sin embargo, la entidad accionada no demostró que hubiese requerido al empleador o a la accionante para realizar el cobro de lo adeudado. De modo que, no puede eludir dicha obligación ni alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger el derecho al mínimo vital de la señora Angela María Daza Carreño y de su hijo menor. En consecuencia se concederá la tutela interpuesta ordenando a Salud Total E.P.S de Valledupar, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho pague a la señora Angela María Daza Carreño la licencia de maternidad que se causó el 11 de abril de 2005.

#### IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, la cual negó la tutela interpuesta por Angela María Daza Carreño en el asunto de la referencia. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo a los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO: ORDENAR a Salud Total E.P.S de Valledupar, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, pague a la señora Angela María Daza Carreño, la licencia de maternidad que se causó el 11 de abril de 2005.

TERCERO: Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencia T- 640 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

2 Ver sentencias T-743 A de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero y T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 En este sentido se pueden consultar las sentencias T-101 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño, reiterada por la sentencia T-118 de 2003.

4 Sentencia T-584 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

5 Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-075, T-157, T-161, T-473, T-572, T-736 y T-1224 de 2001.

6 Numeral 8 del artículo 172 Ley 100 de 1993.

7 Sentencias T-791 y T-1020 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia T-636 de 2004, MP. Jaime Araujo Rentería.

9 Decreto 047 de 2000, artículo 3 numeral 2.

10 Sentencia T-304 de 2004. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.

11 Sentencia T-947 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

12 Sentencia T-1205 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

13 Reiterada en las siguientes sentencias T-019 y T- 044 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-791, 1019, 1020, 1212, 1214, 1297 y 1298 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-150 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil y en la T-160 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis.

14 Ver folio 17 del expediente.

15 Ver folio 11 del expediente.

16 Ver folio 13 del expediente.

17 En la sentencia T-549 de 2005, al estudiar la situación de una madre que dejó de cotizar por unos días, le fue negado el reconocimiento de su licencia de maternidad. La Corte señaló que “negar las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad con fundamento en el argumento según el cual la solicitante presentó una interrupción de veintiún (21) días en su cotización, se traduce en una interpretación de la norma que haría nugatorio el ejercicio del derecho constitucional, optando por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, y contrariando, de esta manera, el artículo 228 C.P”.

18 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005, 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: “(...) 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).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

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

21 Sentencia T-999 de 2003: “No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación”. En el mismo sentido, ver también entre otros, los siguientes fallos: T-640 de 2004, T-605 de 2004, T-1155 de 2003 y T-1014 de 2003.

22 Sentencia T-091/05.

23 Ver folio 17 del expediente.