

Sentencia T-728/07

LICENCIA DE MATERNIDAD-Relevancia constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Hace parte del mínimo vital/DERECHO AL MINIMO VITAL DELA MADRE Y SU HIJO-Casos en que se presume su afectación por el no pago de la licencia de maternidad

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

LICENCIA DE MATERNIDAD-Regulación legal y reglamentaria

LICENCIA DE MATERNIDAD-Jurisprudencia constitucional sobre el incumplimiento de algún requisito en el caso de afiliadas dependientes e independientes

LICENCIA DE MATERNIDAD-No se afecta el pago cuando el incumplimiento de la cotización es mínimo e irrisorio

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO-Pago del 100% de la licencia de maternidad

-Reiteración de jurisprudencia-

Referencia: expediente T-1627614

Acción de tutela instaurada por Ángela María Toro Aguirre contra Coomeva EPS

Magistrada Ponente (E)

Dra. CATALINA BOTERO MARINO

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Clara Inés Vargas Hernández y Catalina Botero Marino, y el magistrado Jaime Araújo Rentería, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241(9) de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la

siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, Risaralda.

I. ANTECEDENTES

La señora Ángela Maria Toro interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS por considerar vulnerado su derecho al pago de la licencia de maternidad, en conexidad con los derechos a la vida, a la seguridad social, a la salud, a la dignidad humana y a la protección especial del recién nacido. Como fundamentos de su petición aduce los siguientes:

Hechos

1. Ángela María Toro Aguirre está afiliada a Coomeva EPS S.A., desde el 11 de febrero de 2005, en calidad de cotizante, como trabajadora dependiente de la empresa “Arquitectos Constructores Pereira S.A.”, con 110 semanas de cotización¹.
2. El 26 de febrero de 2007, tras un embarazo de 39 semanas, Ángela María Toro Aguirre tuvo a su hija Salomé².
3. El 16 de marzo de 2007 la clínica Comfamiliar de Pereira le expidió un certificado de incapacidad o licencia de maternidad, en el que consta que se le concedió licencia por 84 días, desde el 25 de febrero de 2007 hasta el 19 de mayo de 2007³.
4. La actora solicitó al área de prestaciones de Coomeva EPS de Pereira el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad⁴.
5. El 16 de marzo de 2007 Coomeva le negó el reconocimiento económico de la licencia de maternidad, porque “el afiliado no cumple con la cotización ininterrumpida y completa exigida por ley para reconocimiento económico del evento solicitado (Decreto 047/2000. Num. 2)”⁵.

6. El veintiocho (28) de marzo de 2007 Ángela María Toro Aguirre presentó acción de tutela ante el Juez Civil del Circuito de Risaralda, en la que solicitó que “se [l]e cancele la licencia de incapacidad por maternidad a la cual t[i]en[e] derecho, ya que h[a] cotizado al sistema de salud 26 meses completos”⁶.

Respuesta de la entidad accionada

7. En escrito recibido en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira el 13 de abril de 2007, el Director Jurídico de Coomeva EPS S.A. reconoce que la señora Ángela María Toro Aguirre está afiliada a la EPS desde el 11 de febrero de 2005, que solicitó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y que éste le fue negado “en consideración a que la afiliada no cumple con la cotización ininterrumpida y completa exigida por la ley para el reconocimiento económico del evento solicitado”. Agregó que “[a]l revisar el Módulo de Afiliaciones de la EPS, encontramos dos (2) contratos administrativos generados a favor de la señora Toro Aguirre con la EPS a saber: El primero como trabajador independiente entre el 11/01/2005 hasta el 31/07/2006, fecha de retiro. El segundo contrato con la empresa “Arquitectos Constructores Pereira S.A.”, el cual empieza a partir del 26/07/2006, con un IBC de \$433.696. Esto nos indica que el sistema de la EPS en el mes de agosto de 2006, solo le reportan pago por 5 días, quedando por fuera del sistema de salud, 25 días”. Luego afirmó que “en la presente acción de tutela no está acreditada la afectación del mínimo vital” de la madre o de su hija, lo cual debe derivar en la negación de la tutela. En consecuencia, solicitó al juez de conocimiento que deniegue la tutela, “toda vez que Coomeva EPS S.A., al negar la prestación económica de la licencia de maternidad de la señora ÁNGELA MARÍA TORO AGUIRRE, lo ha hecho con fundamento en normas que regulan la materia y que hacen parte del sistema de seguridad social en salud”.

Decisión judicial objeto de revisión. Fallo de instancia

1. El dieciséis (16) de abril de 2007 el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira negó, por improcedente, la tutela interpuesta por Ángela María Toro Aguirre. El juez señaló que la actora “incumplió con el requisito de la cotización, porque en el mes de agosto de 2006 pagó únicamente 5 días de los 31 que tenía que cotizar”. Sin embargo, y dado que “a partir del 1º de agosto de 2006, la cotización de sus aportes era ya obligación de Arquitectos

Constructores Pereira S.A.” (que era el empleador de Ángela María desde el 26 de julio de 2006), el juez consideró que “a tono con el artículo 3º, numeral 2º, inciso 2º del Decreto 047 de 2000” el pago de la prestación económica reclamada no le corresponde a la EPS Coomeva sino “a la firma Arquitectos Constructores Pereira S.A., a quien la accionante deberá reclamarle”. Concluyó el juez que “a tono con el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, no procede la tutela, pues la conducta que desarrolló la E.P.S. estuvo ajustada al derecho positivo” y, por tanto, negará el amparo.

Si bien el fallo fue impugnado por la señora Ángela María Toro Aguirre el 27 de abril de 2007, no se le dio trámite porque la impugnación fue solicitada en forma extemporánea.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241(9) de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La Corte debe resolver si la señora Ángela María Toro Aguirre y su hija Salomé tienen el derecho fundamental al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a pesar de que Ángela María cotizó a la EPS 35 de las 39 semanas que duró su embarazo.

Por tratarse de un caso de reiteración de jurisprudencia, esta Sala se referirá brevemente a los siguientes temas: (i) la relevancia constitucional del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, (ii) la relación entre el pago de la licencia de maternidad y el derecho al mínimo vital, según la doctrina de esta Corte, (iii) el plazo para la presentación de la acción de tutela para la protección de los derechos de la madre y del menor en caso de no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, (iv) la regulación legal y reglamentaria de la licencia de maternidad, (v) la jurisprudencia constitucional en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos legales, tanto en el caso de afiliadas dependientes como independientes, para, finalmente, concluir con el análisis de las condiciones particulares del presente caso.

Relevancia constitucional del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad

3. La Corte ha precisado que, de conformidad con la Carta Política, la mujer, durante el embarazo y después del parto, debe gozar de especial asistencia y protección del Estado, según lo establece expresamente el artículo 43 constitucional.

Igualmente, según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, la protección especial para la mujer -que consagra el texto constitucional- debe ser interpretada conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Tal es el caso de los tratados que protegen los derechos de la mujer y del niño, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ establece el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres durante un periodo razonable antes y después del parto así como el deber, respecto de las madres que trabajen, de concederles licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social⁸.

En el mismo sentido, el literal b) del numeral 2° del artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹, establece que: “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales”.

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”¹⁰, consagra en su artículo 9 el derecho a la seguridad social y establece que “2. Cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio de jubilación en casos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por

maternidad antes y después del parto”.

Así mismo, la Convención Internacional sobre los derechos del niño¹¹ señala que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres¹².

Derecho social fundamental al pago de la licencia de maternidad en conexidad con el derecho al mínimo vital

4. El pago de la licencia de maternidad no es, en principio, un derecho fundamental y, en consecuencia, no es susceptible de protección por vía de acción de tutela. Sin embargo, y de acuerdo con lo arriba mencionado, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido se encuentran amenazados por el no pago de la licencia de maternidad, ésta deja de ser un derecho de carácter legal y se convierte en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela¹³.

En este sentido, en la sentencia T-664 de 2002, esta Corporación señaló: “la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”¹⁴ (subraya fuera del texto).

5. Así mismo, la Corte ha señalado que en los casos mencionados la licencia de maternidad no sólo pretende la protección de los derechos fundamentales de la mujer sino también la protección de los derechos fundamentales del recién nacido. En este sentido, esta Corporación se ha pronunciado recientemente señalando que “la licencia de maternidad, entonces, tiene una doble finalidad, por una parte, brindar un descanso a la madre para que se recupere del parto (artículo 43 Constitucional) y la posibilidad de brindarle al recién nacido todas las atenciones que requiere (artículos 44 y 50 Superiores); y por otra parte, garantizar el mínimo vital y la dignidad humana¹⁵ de éstos. Obsérvese que dicha protección esta dirigida tanto contra la madre como al hijo desde el mismo momento de la concepción”¹⁶.

6. En oportunidades anteriores, cuando la Corte ha constatado la afectación del mínimo vital

de la trabajadora y de su hijo recién nacido ha procedido a ordenar el pago de la licencia de maternidad correspondiente, a pesar de que la trabajadora no haya cumplido con todos los requisitos legales y reglamentarios¹⁷. En esos casos, le ha dado aplicación prevalente a los artículos 43 y 53 de la Constitución, en aras de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

No obstante, como se explicará en los apartes que siguen de esta providencia, la orden de pago sólo puede darse si se satisfacen requisitos legales o, en su defecto, constitucionales mínimos. Adicionalmente, la misma deberá dirigirse a quien, en principio, parezca tener la obligación constitucional del pago, persona – natural o jurídica – a quien se le conferirá la facultad de repetir posteriormente, en proceso ordinario, contra quien considere que estaba realmente obligado.

7. Ahora bien, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, 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, en las siguientes situaciones: (i) cuando la madre devenga un salario mínimo¹⁸, (ii) cuando el salario es su única fuente de ingreso¹⁹. En todo caso, se presume que la afectación del derecho fundamental permanece durante el primer año²⁰. Corresponde en estos casos a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción.

Plazo para la presentación de la acción de tutela como mecanismos para solicitar el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad

Regulación legal y reglamentaria de la licencia de maternidad

9. En virtud de los derechos y principios constitucionales, mencionados en los apartes anteriores, el legislador colombiano consagró en el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo el descanso remunerado para la mujer trabajadora, en la época del parto. En su redacción vigente este artículo establece²² que: “toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso”²³.

De igual forma, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 207²⁴, establece que el régimen contributivo reconocerá y pagará a los afiliados la licencia por maternidad.

10. Para la remuneración o pago de la licencia de maternidad, los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 han establecido tres requisitos principales, a saber:

i. Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación (artículo 3°, numeral 2° del Decreto 047 de 2000).

ii. Que su empleador o ella misma, en caso de ser trabajadora independiente, haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, o por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21 numeral 1° del Decreto 1804 de 1999).

iii. Que la cotización se haya realizado de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho (artículo 21, numeral 1°, del Decreto 1804 de 1999).

11. Cuando se cumplen los anteriores requisitos, la mujer trabajadora podrá gozar del derecho a recibir una remuneración correspondiente al salario devengado con anterioridad al parto, por un plazo de doce (12) semanas. En este sentido, ha considerado esta Corporación que en razón de los derechos fundamentales involucrados y de la regulación legal del derecho, cuando se cumplen todos los requisitos anteriores y la EPS a la que se encuentra afiliada la mujer se niega al reconocimiento o pago, se estaría ante la vulneración del derecho fundamental al pago de la licencia de maternidad en conexidad con el derecho al mínimo vital, que haría, en principio, procedente su protección por vía de tutela²⁵.

Jurisprudencia constitucional en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos legales, tanto en el caso de afiliadas dependientes como independientes

12. Debido a la relevancia constitucional de los derechos que tienden a ser satisfechos con el pago de la licencia de maternidad, las mismas normas legales que regulan el derecho al pago de dicha licencia, y en su defecto la jurisprudencia de esta Corte, han indicado los efectos de un eventual incumplimiento de algunos de los requisitos para la causación del derecho.

13. Así, para el caso de las trabajadoras dependientes, por disposición reglamentaria²⁶, en el evento de incumplimiento de alguno de los tres requisitos señalados, atribuible al empleador,

será éste y no la EPS el encargado de pagarle la licencia de maternidad a la trabajadora.

14. Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia²⁷ que cuando el empleador hubiere pagado de manera tardía las cotizaciones para la salud de una trabajadora, pero la EPS demandada no lo hubiere requerido para que hiciera el pago ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS demandada se allanó a la mora del empleador, y, por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad a la trabajadora²⁸.

15. Por otra parte, ha sostenido la Corte que si el incumplimiento de cualquiera de los requisitos legales ya señalados se da por negligencia o culpa de la entidad prestadora de salud a la cual se encuentra afiliada la mujer, o bien de cualquier entidad integrante del Sistema General de Salud y Seguridad Social (SGSSS), o por problemas, errores o demoras administrativas, la EPS será responsable del pago total y completo de la licencia, sin perjuicio de que pueda repetir, de ser procedente, contra quien, en su criterio, deba asumir el pago de la obligación²⁹.

16. Finalmente, para el caso de las trabajadoras independientes, la Corte, en reciente jurisprudencia, ha sostenido que si el incumplimiento es imputable a la trabajadora pero se trata de un incumplimiento parcial -dado que el pago de la licencia de maternidad es indispensable para garantizar los derechos fundamentales del menor y de la madre-, procederá el amparo solicitado, distinguiendo, para la cuantía del pago, el tipo de incumplimiento, según sea el caso:

(i) si se está ante un incumplimiento parcial que sea breve o irrisorio³⁰, el reconocimiento de la prestación deberá ser del 100% a favor de la madre trabajadora, porque frente a este tipo de incumplimiento no se deben aplicar literalmente las normas reglamentarias sino que debe prevalecer la aplicación de normas legales y constitucionales que ordenan la satisfacción del derecho;

(ii) si se está ante un incumplimiento parcial, pero que no pueda calificarse como irrisorio, esta Corporación ha sostenido que guardando el equilibrio entre el sistema de seguridad social y la protección de los derechos fundamentales afectados, se podrá reconocer la prestación económica en proporción al cumplimiento de los requisitos³¹.

Caso concreto

17. De acuerdo con los hechos, las normas constitucionales y legales y la jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si la EPS Coomeva ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Ángela María Toro Aguirre y de su hija Salomé, al negarse a pagarle la licencia de maternidad aduciendo como argumento el que la actora cotizó 35 de las 39 semanas que duró su embarazo.

18. Se encuentra probado en el expediente que (i) la señora Ángela María Toro Aguirre se encuentra afiliada a la EPS Coomeva desde el once (11) de febrero de 2005, (ii) el 26 de febrero de 2006 tuvo a su hija Salomé, (iii) el embarazo de Ángela María Toro Aguirre duró 39 semanas, (iv) la actora cotizó 35 de las 39, debido que cambió su calidad de cotizante independiente a la de dependiente de la Empresa “Arquitectos Constructores Pereira S.A.”, (iv) Coomeva EPS S.A. le negó el pago de la licencia de maternidad porque el número de semanas cotizadas es inferior al número de semanas que duró el periodo de gestación³².

20. Considera la Sala que sería desproporcionado, a la luz de los principios constitucionales comprometidos y la jurisprudencia sobre el particular, concluir que la señora Ángela María Toro Aguirre no tiene derecho al pago de la licencia de maternidad por no haber cotizado cuatro (4) de las treinta y nueve (39) semanas de su periodo de gestación. A juicio de la Sala, y a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, se trata de un incumplimiento parcial, de tipo breve o irrisorio³³, que no puede dar lugar a la pérdida total del derecho. En efecto, el requisito legal de haber cotizado durante todo el embarazo no puede interpretarse y aplicarse de manera absoluta (como todo o nada), por encima de la protección constitucional de la madre y el hijo.

21. Además, la Sala advierte que la falta de cotización de cuatro (4) semanas no genera un desequilibrio en el sistema de seguridad social, sobre todo si se tiene en cuenta que la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social desde el 11 de febrero de 2005. Incluso si fuera cierto que la cotización de las 4 semanas restantes era responsabilidad de un nuevo empleador, la EPS podrá repetir contra éste

22. Ahora bien, para determinar si en este caso se ha afectado el derecho al mínimo vital de la señora Ángela María Toro Aguirre y de su hija Salomé es necesario hacer referencia a su situación particular. Dado que la información aportada por la actora es coherente y merece

credibilidad, y que no fue controvertida por la entidad accionada, y dada la prevalencia del principio constitucional de la buena fe, la Sala puede afirmar, con base en el expediente, que la actora cotiza al Sistema General de Salud con un Ingreso Base equivalente al salario mínimo legal. Así mismo, se encuentra probado en el expediente que la accionante es madre de una menor nacida el 26 de febrero de 2007, lo cual permite afirmar que para la fecha en la que interpuso la acción de tutela (28 de marzo de 2007) no había transcurrido más de un año desde el nacimiento de su hija.

23. Teniendo en cuenta la situación particular descrita y la presunción, establecida jurisprudencialmente³⁴, de afectación del derecho al mínimo vital cuando la madre trabajadora devenga un salario equivalente al mínimo legal y se le ha negado el derecho a la licencia de maternidad por incumplimientos parciales de los requisitos legales y reglamentarios, esta Sala concluye que, en el presente caso, se encuentra afectado el derecho al mínimo vital tanto de la señora Ángela María Toro Aguirre como de su hija Salomé, debido a que el monto del salario devengado es equivalente al mínimo legal y se le negó el pago de la licencia de maternidad.

24. En consecuencia, y atendiendo a la jurisprudencia pacífica que ha proferido este Tribunal para este tipo de incumplimiento de los requisitos para el pago de la licencia de maternidad, la Corte tutelaré el derecho de la actora al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad así como su derecho y el de su hija, al mínimo vital. En consecuencia, se ordenará a Coomeva EPS que pague a la señora Ángela María Toro Aguirre la licencia de maternidad a que tiene derecho por el nacimiento de su hija Salomé, en proporción del 100% de la misma.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, Risaralda, mediante el cual se negó la tutela interpuesta por la señora Ángela María Toro Aguirre, y, en consecuencia, conceder, por las razones expuestas en esta sentencia, la tutela

de los derechos al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y al mínimo vital.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS S.A. que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le pague a la señora Ángela María Toro Aguirre la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hija Salomé.

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

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

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Escrito de contestación de la acción de tutela presentado el 13 de abril de 2007 por el Director Jurídico de Coomeva EPS. S.A., ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, Risaralda (folio 26).

2 Escrito de tutela presentado por Ángela María Toro Aguirre el 28 de marzo de 2007 ante el Juez Civil del Circuito de Pereira, Risaralda, (folio 17).

3 Ídem., y certificado de incapacidad o licencia expedido por Comfamiliar el 16 de marzo de 2007 (folio 16).

4 Escrito de contestación de la acción de tutela, Cit., (folio 26).

5 Certificado de incapacidad o licencia expedido por Coomeva el 16 de marzo de 2007, nota aclaratoria en la parte de reconocimiento económico (folio16).

6 Acción de tutela interpuesta por Ángela María Toro Aguirre el 28 de marzo de 2007 (folios 17 a 19).

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

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

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

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

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

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

13 Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener, durante el tiempo de la gestación, un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), señaló lo siguiente, reiterando la sentencia T-210 de 1999. M.P. 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).

14 Sentencia T-664 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Sentencia T-838 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

17 Al respecto, ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-838 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-728 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-674 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-640 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-598 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-461 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-408 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1298 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1205 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-549 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1155 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En algunos de los casos antes citados, los periodos contenidos dentro del tiempo del embarazo y en los que no hubo cotización, obedecieron principalmente a las siguientes razones: (i) el traslado de una EPS a otra no es inmediato, y por tal razón, durante el lapso que se toma este trámite administrativo, la cotizante carece de afiliación y por tanto deja de cotizar por unos días (T-408 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería), (ii) el vínculo laboral de la cotizante estaba sujeto a renovaciones periódicas pero no inmediatas, lo que conducía a que existieran periodos en que carecía de un vínculo laboral que obligara a su empleador a cotizar al sistema de seguridad social (T-640 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-549 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, y T-1155 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra), (iii) la terminación del vínculo laboral ocurrió antes de que finalizara el mes calendario, por tal razón, dado que no laboró el mes completo, su empleador no pagó la cotización correspondiente a un mes entero sino proporcional a los días laborados (T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), (iv) la iniciación del vínculo laboral se dio después de iniciado el mes calendario, por tal razón, dado que no laboró el mes completo, su empleador no pagó la cotización correspondiente a un mes entero sino proporcional a los días laborados (T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), (v) la cotizante cambió de empleo y de empleador y dicho cambio no ocurrió de manera inmediata (T-728 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y (vi) la cotizante dejó de ser trabajadora dependiente y pasó a ser trabajadora independiente (o viceversa), pero este cambio no se dio de manera

inmediata (T-838 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-461 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-674 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-598 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

18Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-520 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 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.

19 Al respecto, ver, entre otros, los siguientes fallos: T-947 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, 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.

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

21 Sentencia T-999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería, reiterada en las siguientes sentencias: T-019 y T- 044 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-791, 1019, 1020, 1212, 1214, 1297 y 1298 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-150 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y en la T-160 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

22 El artículo 236 fue subrogado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990:

“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12)

semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

PARAGRAFO. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de este la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio”.

23 Ley 50 de 1990, artículo 34, numeral 1.

24 El artículo 207 de la Ley 100 de 1993 señala: “ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El

cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC”.

25 Así lo reconoció esta Corporación en la sentencia T-253 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, al señalar que tras el cumplimiento de los requisitos legales se instituye un derecho fundamental al pago de la licencia, sin que haya necesidad de demostrar conexidad con los demás derechos fundamentales de la madre o del menor. La sentencia señaló: “La señora Andrea Fernanda Flórez Perafán asegura que le fue negada la prestación por maternidad, por inconsistencia en el pago de sus aportes, los que afirma –sin contradicción de parte de la E.P.S.- se cancelaron en tiempo. De modo que en los términos del artículo 20 del Decreto 2591 de 199125, y los artículos 43 y 50 constitucionales, SaludCoop deberá cancelar la prestación, porque la señora Andrea Fernanda Flórez Perafán tiene derecho al descanso remunerado, en cuanto realizó los aportes correspondientes durante el tiempo de la gestación y la E.P.S. obligada al pago no demostró lo contrario”.

26 Decreto 047 de 2000, artículo 3: “Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: (...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

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

27 Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de

las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-838 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-640 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-605 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-390 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-885 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-880 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-467 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

28 La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, y no hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS, o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-983 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-838 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-664 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 Al respecto se pronunció este tribunal al señalar que “puede observarse que la negativa en el pago radicó en una discrepancia entre la E.P.S. y el empleador de la tutelante respecto de la información que cada una manejaba de los periodos de cotización, y que no debió afectar las condiciones de vida de la accionante, quien al no recibir la licencia vio amenazado su derecho al mínimo vital, pues tuvo que sobrellevar su estado de gravidez y los cuidados de su recién nacida con el salario mínimo que recibía su cónyuge, el cual, además debía destinarse también para la manutención de los otros dos hijos y los gastos del hogar”. Sentencia T-068 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

30 Inicialmente, la Corte había definido como breve o irrisorio aquel incumplimiento inferior a uno de los nueve meses que usualmente dura el embarazo. Ver sentencias T-304 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sin embargo, este plazo ha sido ampliado en otros fallos de esta Corporación, a saber: hasta un poco más de cinco semanas (sentencia T-034 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); por un mes y veintinueve (29) días (T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); en reciente pronunciamiento, en la Sentencia T-058 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, por dos meses y dos días.

31 En las Sentencias T-1243 de 2005, T-034 de 2007, T-206 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-039 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, teniendo en cuenta las circunstancias especiales analizadas en cada caso, se ordenó el pago de la licencia de

maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizaron durante el embarazo.

32 Ver, *supra*, nota 5.

33 Al respecto, véase, *supra*, nota 26.

34 Esta Corporación ha establecido jurisprudencialmente que se presume la afectación del derecho al mínimo vital cuando la madre trabajadora devenga un salario equivalente al mínimo legal, y se le ha negado el derecho a la licencia de maternidad por incumplimientos parciales de los requisitos legales y reglamentarios para el otorgamiento de la licencia. En este sentido, en la sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se afirmó: “Para esta Sala, el hecho de que la actora estuviera cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral como trabajadora independiente sobre la base de \$408.000.00 (que equivale al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006), hace que se presuma la afectación a su derecho fundamental al mínimo vital y al de su menor hijo, por el no pago de la licencia de maternidad. Presunción que no fue desvirtuada por la entidad demandada y por tanto debe tenerse por cierto que los recursos obtenidos de la licencia de maternidad eran los únicos ingresos con que contaba la tutelante para procurar sus necesidades básicas y las de su menor hijo”. Véanse, entre otras, las sentencias T-520 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1081 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.