

Sentencia T-906/06

MUJER EMBARAZADA-No puede ser discriminada por razón de estado

MATERNIDAD-Protección constitucional especial

LICENCIA DE MATERNIDAD-Presunción de vulneración al mínimo vital cuando la madre devenga un salario o menos, o cuando éste es su única fuente de ingresos

EMPLEADOR-Está obligado al pago de la licencia de maternidad cuando no cancela los aportes

LICENCIA DE MATERNIDAD-Marco legal/LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Criterios de procedencia

DERECHO A LA LICENCIA DE MATERNIDAD-Fundamental por conexidad con el mínimo vital de la madre y el hijo recién nacido

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago pretende efectivizar principio del interés superior del menor

LICENCIA DE MATERNIDAD-Término para reclamarla superó el año que se ha establecido por la jurisprudencia

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

La exigencia legal de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, por un periodo mínimo igual al de la gestación, para que proceda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (art. 63 del Decreto 806 de 1998 y num. 2º del art. 3º del Decreto 047 de 2000), no debe aplicarse de manera automática, pues el hacerlo sería imponer un requisito que en algunos casos hace nugatorio el derecho a la mujer a que se le reconozca esta prestación económica, cuando compromete la subsistencia y vida digna, tanto de la madre como de su menor hijo. En estos casos, esta exigencia se convierte en un argumento formal que pretende hacerse prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial (art. 228 C.P.) que se concreta en el descanso remunerado en la época del parto. En conclusión, una aplicación estricta del requisito legal referido a la cotización igual al periodo de la gestación, para que se reconozca y pague la licencia de maternidad, conduce a que en circunstancias en las cuales tanto la madre como el hijo dependan económicamente de esta prestación se desconozca su derecho sustantivo al mínimo vital y a la subsistencia, razón por la cual deben aplicarse las normas constitucionales que garantizan especial protección al trabajo tanto a la madre durante el embarazo y después del parto, así como para los hijos de éstas menores de un año, teniendo en cuenta además el carácter prevalente que adquieren los derechos involucrados de los sujetos inmersos en la controversia.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Presunción de vulneración al mínimo vital cuando madre se ve obligada a reingresar a labores sin que se haya vencido licencia

LICENCIA DE MATERNIDAD-Finalidad

Referencia: expediente T-1416651

Acción de tutela instaurada por Karina Paola Canchila Arrieta, en contra de Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre).

### I. ANTECEDENTES.

La peticionaria instauró acción de tutela en contra de Coomeva E.P.S., al considerar vulnerado su derecho al mínimo vital, en conexidad con los derechos fundamentales de los niños, por la negativa de la entidad demandada de pagar las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la maternidad, concretamente a la remuneración por incapacidad o licencia de maternidad de ochenta y cuatro (84) días. Fundamenta la acción incoada en los siguientes:

#### 1. Hechos

1.1. Manifiesta la tutelante que está afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a Coomeva E.P.S. como trabajadora independiente con un salario de \$408.000.oo.

1.2. Que el día 7 de marzo de 2006 la entidad demandada le expidió el certificado de incapacidad o licencia de maternidad No. 4060002624, que iba desde el 20 de diciembre de 2005, hasta el 13 de marzo de 2006, por ochenta y cuatro (84) días, cuya liquidación arroja la suma de \$1´142.400.oo.

1.3. Sostiene que después de haber realizado las gestiones ante Coomeva E.P.S., en procura de que se le reconociera y ordenara el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho, obtuvo una rotunda negativa con el argumento de la falta de “requisitos reglamentarios” para acceder a la misma.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## 2. Solicitud de tutela

La tutelante solicita se le proteja transitoriamente su derecho al mínimo vital en conexidad con los derechos de los niños y en consecuencia se ordene a la entidad demandada, proceda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho.

## 3. Pruebas relevantes allegadas al expediente.

Obran las siguientes pruebas dentro del expediente de tutela:

\* Escrito de tutela incoada por la señora Karina Paola Canchila Arrieta. Folios 1 al 3 del expediente.

\* Certificado de incapacidad o licencia de maternidad No. 4060002624, suscrito el día 7 de marzo de 2006 por Coomeva E.P.S. autorizada a la tutelante. Folio 4.

\* Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Elkin Andrés Pérez Canchila, con fecha de inscripción 22 de diciembre de 2005. Folio 5.

\* Copia de la “HOJA DE EPICRISIS”, de la Clínica Santa María Ltda de la ciudad de Sincelejo (Sucre), en la que consta el nacimiento del menor citado en el punto anterior. Folio 6.

\* Copia del carné de afiliación a Coomeva E.P.S., de la señora Karina Paola Canchila Arrieta y copia de la cédula de ciudadanía. Folios 7 y 8.

\* Auto de fecha 6 de junio de 2006, por medio del cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), admitió la acción de tutela, ordenó notificar de la misma al representante legal de Coomeva E.P.S., y solicitó rendir dentro de las 48 horas siguientes a su recibo, un informe sobre los hechos y las pretensiones de la tutelante. Folio 11.

\* Copia del oficio No. 1297 del 6 de junio de 2006, a través del cual, se notificó de la tutela interpuesta al "Director de Coomeva E.P.S. S.A.". Folio 13.

\* Fallo de fecha veintinueve (29) de junio de 2006, proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), por medio del cual, se declaró improcedente la acción de tutela impetrada. Folios 16 al 20.

#### 4. Intervención de la entidad demandada.

4.1. El Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), mediante de Auto del 6 de junio de 2006, admitió la acción de tutela y dispuso notificar por oficio No. 1303 de esa misma fecha a la entidad demandada enviándole copia de la demanda con el fin de garantizar el debido proceso y defensa que le asiste. Vencido el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del recibo del citado oficio, no se obtuvo ningún pronunciamiento de la entidad accionada<sup>1</sup>.

#### 5. Decisión judicial objeto de revisión.

Mediante fallo del veintinueve (29) de junio de dos mil seis (2006) el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), resolvió declarar improcedente la acción de tutela instaurada. Después de referirse al contenido y alcance que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha realizado del artículo 86 de la Constitución Política y de su reglamentación a través del Decreto 2591 de 1991, así como la improcedencia general del amparo constitucional para ordenar el reconocimiento y pago de sumas de dinero por concepto de licencias de maternidad y la excepción a dicha regla cuando se amenaza el mínimo vital de la madre y de su hijo, consideró el juez de instancia que en razón a que la entidad demandada no se había pronunciado sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, pese a que se le corrió

traslado de la misma y se solicitó un informe al respecto, debían tenerse por ciertos los hechos afirmados en el escrito de tutela. No obstante, no había lugar a conceder la protección invocada, pues debe recordarse que en esta clase de acciones “.. quien afirma algo debe probarlo. En consecuencia, los hechos aseverados por quien instaura una acción de tutela, deben hallarse acreditados, al menos sumariamente, o poderse establecer con certidumbre en el curso de la actuación”.

Por lo anotado, “como quiera que las solicitudes del juzgado no fueron atendidas por la E.P.S., accionada y al no existir prueba documental en el cuaderno original de la actuación, de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de la afiliada, bastan entonces las anteriores consideraciones, para afirmar que COOMEVA E.P.S., no ha desconocido los derechos fundamentales y constitucionales invocados por la actora..”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el trámite de la revisión del fallo de tutela de primera instancia, mediante Auto del tres (3) de octubre de 2006, el Magistrado Sustanciador, ordenó a la Secretaría General de esta Corporación oficiara a Coomeva E.P.S., de la ciudad de Sincelejo (Sucre) con el fin de que, dentro de los dos días contados a partir de la notificación de esta providencia, informara (i) si aún no había cancelado la licencia de maternidad a la tutelante, y (ii) en caso negativo informara de manera clara y precisa las razones en que se apoya esa entidad para adoptar esta decisión. Vencido el plazo otorgado en la citada providencia, la entidad demandada no se pronunció.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. El asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico.

Afirma la peticionaria que la negativa de Coomeva E.P.S., en reconocer y ordenar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho, vulnera su derecho fundamental al mínimo vital y los derechos de su hijo menor.

No obstante haber sido notificada la acción de tutela a la entidad demandada, esta no se pronunció dentro de las cuarenta y ocho (48) horas otorgadas por el juzgado de conocimiento.

El juez de instancia, negó por improcedente la tutela incoada. A su juicio, no aparecen demostrados dentro del expediente los aportes realizados por la tutelante como trabajadora independiente con destino a la seguridad social en salud.

En este orden, corresponde a esta Sala de Revisión establecer, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional si Coomeva E.P.S., con su negativa en pagar la licencia de maternidad a la tutelante, le vulneró el derecho al mínimo vital en conexidad con los derechos de los niños.

Para el cumplimiento de este objetivo, se analizarán los siguientes temas: i) El tratamiento otorgado por el ordenamiento jurídico a la licencia de maternidad y en particular en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y, (ii) la doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad.

Antes de abordar los temas aludidos, brevemente esta Sala de Revisión se referirá a la presunción de veracidad sobre los hechos narrados en el escrito de tutela por la actora.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Presunción de veracidad en materia de tutela cuando el demandado no rinde el informe solicitado por el juez.

Dispone el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 que si el informe no es rendido por la entidad demandada dentro del plazo otorgado por el juez, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez crea conveniente otra averiguación previa.

En el caso objeto de estudio, no obstante a que mediante el oficio No. 1297 del 6 de junio de 2006 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre) le informó al “DIRECTOR DE COOMEVA E.P.S.2.” de la ciudad de Sincelejo (Sucre), sobre la admisión en esa misma fecha de la acción de tutela en contra de la entidad que representa, interpuesta por la señora Karina Paola Canchila Arrieta, haciéndole entrega de copia de la demanda, vencido el término de cuarenta y ocho (48) horas otorgado para que rindiera un informe claro y detallado sobre los hechos y pretensiones de la demandante, la entidad accionada no se pronunció, ni justificó tal omisión. Por este motivo, se dará aplicación a la presunción de veracidad, regulada en la disposición antes aludida.

4. El tratamiento otorgado por el ordenamiento jurídico a la licencia de maternidad y en particular en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El texto constitucional señala que tanto los hombres como las mujeres gozan de iguales derechos y oportunidades. De allí que las mujeres no pueden ser sometidas a ninguna clase de discriminación por razones de género, siendo sujetos de especial protección por parte del Estado durante su embarazo y después del parto (artículos 13 y 43 C.P.).

Una de las formas en que se manifiesta la protección que debe deparar el Estado a las mujeres que se encuentran en la condición señalada es no sólo la de evitar que sea objeto de discriminación en razón a su estado y por ello pueda ser despedida durante su gravidez o después de ella, sino el aseguramiento de sus condiciones físicas o materiales de subsistencia, así como la garantía de los derechos del que está por nacer, al punto de recibir del Estado subsidio alimentario si al encontrarse en esta condición estuviere desempleada o desamparada (art. 43 C.P).

Es decir, del texto constitucional se infiere la preocupación del constituyente en proteger no sólo a la mujer dadas las condiciones especiales de vulnerabilidad que se derivan de su estado de gravidez y después del parto, sino también del que está por nacer, o inclusive del ya nacido, de actuaciones de las entidades públicas o de los particulares que de alguna manera amenacen o vulneren sus derechos fundamentales. De allí que se proscriba, como ya se anotó, el despido fundado en tal estado. Pero esta protección constitucional va mucho más allá a tal punto de amparar las condiciones físicas o materiales de subsistencia de la madre y del no nato y en su orden del ya nacido, cuando se indica que en caso de encontrarse desempleada o desamparada durante el embarazo o después del parto recibirá asistencia que se concreta en un subsidio alimentario<sup>3</sup>.

De esta manera, una interpretación sistemática y coherente de las normas constitucionales que establecen la especial protección a la maternidad, hace extensiva la misma a la garantía

de los derechos fundamentales del niño, entre ellos, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (art. 44 C.P.); último derecho sobre el cual se indica que cuando el menor de un año no esté cubierto por ningún tipo de protección o de seguridad social, se le brindará atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50 C.P.). Además, se pone en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado la obligación de proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

En este contexto, teniendo en cuenta que de la garantía constitucional de especial protección a la mujer derivada de la condición anotada y a su menor hijo, no solamente se predica la prohibición de despido por tal causa, sino el interés por sus condiciones físicas o materiales de subsistencia, una conclusión se impone y es que, se debe ordenar y reconocerse el pago de la licencia de maternidad por quien esté obligado a hacerlo y con mayor razón cuando en ocasiones la misma se convierte en el único ingreso con que cuenta la madre para la subsistencia y la del recién nacido. Derecho que se concibe como una prestación económica que responde a la contingencia originada en la maternidad de las mujeres<sup>4</sup>.

Precisamente en desarrollo del mandato constitucional, la Ley 100 de 1993 que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dispuso que el Plan Obligatorio de Salud permitirá, entre otros, la protección integral de las familias a la maternidad (art. 162 de la citada ley)<sup>5</sup>.

El sistema debe reconocer y pagar la licencia de maternidad a través de las Entidades Promotoras de Salud, para lo cual se aplicará el régimen que señala para tal efecto el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (art. 172. num. 8º ibídem). No obstante en aquellos casos en los que el empleador no realice las cotizaciones respectivas de una trabajadora en cumplimiento de los lineamientos legales, estará a su cargo el cancelar la prestación económica derivada de la citada licencia<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, señala que para los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud de los que trata el literal a) del artículo 157 de la aludida ley, es decir, los vinculados a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y trabajadores independientes con capacidad de pago, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud la licencia de maternidad, siguiendo las disposiciones legales vigentes.

Además, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, regula el descanso remunerado en la época del parto al indicar que, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, que debe ser remunerada con el

salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso<sup>7</sup>.

Ahora bien, el Decreto 806 de 1998 en su artículo 63 establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requiere que la afiliada haya cotizado un periodo mínimo igual al de la gestación. Regulación similar se encuentra estipulada en el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000, al manifestar 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. 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...”.

De la misma manera, el Decreto 1804 de 1999 en el artículo 218, dispone que 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:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de 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) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho (...).

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En este orden, de acuerdo a la normatividad que regula la licencia de maternidad, su

reconocimiento y pago por parte de las Empresas Promotoras de Salud debe darse una vez cumplidos los siguientes requisitos: (i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) el empleador o el trabajador independiente debió cancelar en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud; (iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho, y finalmente (iv) no encontrarse en mora al momento a partir del cual se tiene derecho<sup>9</sup> a disfrutar de la licencia<sup>10</sup>. Debe agregarse además que, estará a cargo del empleador el pago de esta prestación en la medida en que incumpla sus deberes, en particular, cuando no gire oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente (parágrafo del art. 161 de la Ley 100 de 1993).

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la protección a la maternidad y con ese objetivo estableció unas reglas que han permitido dicha protección, en ciertos casos, incluso inaplicando algunas normas legales que resultan inconstitucionales para casos específicos, tema que será tratado enseguida.

5. Doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de licencias de maternidad.

Según lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, la licencia de maternidad es una prestación económica que opera como uno de los mecanismos en los que se concreta la especial asistencia y protección que el Estado debe brindar a la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 C.P.)<sup>11</sup>. Por ende, su finalidad estriba en la de proveer el sustento y posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto<sup>12</sup>; esta es una de las características que permiten ubicar esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital<sup>13</sup>.

De acuerdo a lo indicado por la doctrina constitucional, por regla general, la acción de tutela es improcedente para ordenar el pago de derechos prestacionales<sup>14</sup>, dentro de los cuales por supuesto se encuentra la suma respectiva que debe reconocerse y cancelarse, bien sea por la E.P.S. o por el empleador, según el caso, por concepto de licencia de maternidad<sup>15</sup>. De allí que por tratarse de una prestación económica, para su reconocimiento y pago, en principio, debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en ejercicio de las acciones pertinentes. Sin embargo, la aplicación de la regla general no se opone a que al presentarse ciertas circunstancias específicas, haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela<sup>16</sup>, esto es, cuando esta prestación es la única fuente económica de ingresos con que cuenta la madre y su hijo para su manutención<sup>17</sup>. En estos casos, el amparo constitucional se convierte en el medio efectivo para ordenar el reconocimiento y pago de este derecho de contenido económico. En otras palabras, sólo procede la tutela cuando la licencia se constituye en el salario de la madre que dio a luz por el tiempo en que

la trabajadora se encuentra retirada de sus labores, por cuanto, es el único medio de subsistencia en condiciones de dignidad, no solamente de la madre, sino de su recién nacido hijo<sup>18</sup>.

Así, este derecho que en principio es una prerrogativa de orden legal y por ende el litigio debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, adquiere relevancia constitucional cuando el no pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas tanto de la madre como del hijo, en aquellos casos en los que el valor percibido por este concepto durante el transcurso del periodo de licencia, se convierten en su único sustento<sup>19</sup>.

En este orden, pese a que la licencia como derecho que concreta la protección a la maternidad, tiene un contenido eminentemente prestacional y por ende de contenido económico, puede convertirse en un derecho fundamental, cuando por conexidad se afectan derechos y principios como la dignidad humana y los derechos del niño. Vale decir, cuando el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad vulnera la calidad de vida, la seguridad social, la salud, la alimentación<sup>20</sup> y el mínimo vital de la madre y del hijo<sup>21</sup>. Es esta la razón por la cual se predica que existe una protección doblemente reforzada, habida cuenta que concurren no solamente derechos fundamentales en cabeza de la madre, sino también de su menor hijo, que forman una unidad “mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo)”<sup>22</sup>.

Lo que se pretende entonces es efectivizar los derechos constitucionales que les asisten (a la madre y a su hijo), máxime cuando debe respetarse igualmente el denominado “interés superior del niño<sup>23</sup>”, que es el principal principio que regula y orienta los derechos del niño<sup>24</sup>, que ha sido reconocido por el derecho internacional y en especial en el artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño<sup>25</sup> adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Principio que por demás, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado se caracteriza por ser una garantía de interés jurídico supremo en el cual debe basarse el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor<sup>26</sup>.

Ahora bien, en las situaciones en que procede la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como derecho prestacional, encontró la Corte que debido a que el término de 84 días de que se disponía la madre para acudir a esta acción constitucional, según la jurisprudencia de esta Corte, fue aprovechado por las Entidades Promotoras de Salud, en parte debido a la demora en resolver si accedían al pago o no de la licencia de maternidad lo que hacía que en la mayoría de los casos se acudiera tardíamente al juez de tutela a reclamar este derecho, convirtiéndose entonces en un requisito formal insalvable para la protección efectiva de una situación que involucraba un

derecho sustantivo que buscaba la protección de la mujer durante su periodo de gestación y después del parto al recién nacido, se permitió que la madre acudiera a la tutela en defensa de su mínimo vital y el de su menor hijo, no solamente dentro del término de la licencia de maternidad, sino que a partir de la sentencia T-999 de 2003, se extendió un año, que es el término que la propia Constitución protege a los recién nacidos menores de esta edad que no tienen un régimen de seguridad social definido.

En este orden de ideas, las diferentes Salas de Revisión de esta Corte han indicado los lineamientos del reconocimiento y pago de licencias de maternidad, así: (i) como regla general se trata de un derecho prestacional, no susceptible de proteger por vía de tutela, salvo que en el caso concreto, el no reconocimiento y pago de la licencia afecte por conexidad derechos fundamentales de la madre o del recién nacido, como la vida digna, a la seguridad social y la salud<sup>27</sup>; (ii) cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependan del pago de la licencia de maternidad, motivo por el cual el reconocimiento de este derecho, deja de plantear un tema meramente legal y trasciende a la órbita constitucional. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela<sup>28</sup>; (iii) la entidad obligada a realizar el pago es la Empresa Promotora de Salud con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral. No obstante, cuando el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si éstos fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar esta prestación económica<sup>29</sup>; (iv) si el empleado canceló los aportes extemporáneamente y los pagos fueron recibidos por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, se presenta el fenómeno del allanamiento a la mora y por lo tanto ésta no puede negar el pago de la licencia<sup>30</sup>. Situación que se hace extensiva a las madres trabajadoras independientes cuando hayan realizado los aportes en las circunstancias anotadas<sup>31</sup>, y, finalmente (v) a partir de la sentencia T-999 de 2003, se dio un cambio de jurisprudencia referido a la oportunidad de presentación de la acción de tutela, que se extendió más allá de los 84 días de incapacidad por licencia de maternidad y hasta el primer año de vida del niño.

Como corolario de lo expuesto se tiene que, según la jurisprudencia de la Corte, la exigencia legal de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, por un periodo mínimo igual al de la gestación, para que proceda el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (art. 63 del Decreto 806 de 1998 y num. 2º del art. 3º del Decreto 047 de 2000), no debe aplicarse de manera automática, pues el hacerlo sería imponer un requisito que en algunos casos hace nugatorio el derecho a la mujer a que se le reconozca esta prestación económica, cuando compromete la subsistencia y vida digna, tanto de la madre como de su menor hijo. En estos casos, esta exigencia se convierte en un argumento formal que pretende hacerse prevalecer sobre lo verdaderamente sustancial (art. 228 C.P.) que se concreta en el descanso remunerado en la época del parto<sup>32</sup>. De allí que al presentarse esta situación en casos como el aludido, proceda excepcionalmente la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad, previa inaplicación de las normas que resultan inconstitucionales, dando prevalencia a las garantías supraleales que entran a gobernar el caso (arts. 13, 43, 50 y 53

C.P.).

Las sentencias de tutela proferidas por esta Corte, de las cuales a continuación se resaltan sus aspectos más importantes, apoyan lo afirmado.

En efecto, en la sentencia T-304 de 2004, la Sala Primera de Revisión de esta Corporación ordenó al Seguro Social el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad a la señora Gloria Yorlem Herreño Ardila, quien como trabajadora independiente había cotizado aproximadamente 8 meses durante el periodo de gestación. A juicio de la Corte, 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 periodo 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 hijas. En suma, para la Corte, el requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el periodo 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.

En la sentencia T-1205 de 2005, la Sala Primera de Revisión, definió el caso de la señora Karem Margarita Varela Rico a quien Colmédica E.P.S., negaba el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad con el argumento de el periodo de cotización no coincidía con el de la gestación y además invocó la extemporaneidad de algunos de los pagos. Al analizar el caso, esta Corporación encontró que el empleador de la tutelante efectivamente había cotizado 6 meses dentro del periodo de gestación y algunos de los pagos se habían realizado en forma extemporánea. Sin embargo, esta Corte ordenó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la tutelante en razón a que, en primer lugar, aunque extemporáneos algunos pagos, éstos fueron recibidos por la entidad accionada presentándose así el fenómeno del allanamiento a la mora, y, en segundo lugar, pese a que se cotizó seis meses anteriores al parto, manifestó que el no pago de su licencia se traducía en la vulneración del mínimo vital de la tutelante y de su recién nacido hijo.

En la sentencia T-674 de 2006, la Sala Novena de Revisión de esta Corte tuteló los derechos invocados por la señora Angela María Daza Carreño, a quien Salud Total E.P.S., negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, entre otros, argumentando el no cumplimiento del requisito legal de cotización igual al periodo de la gestación. La Sala de Revisión encontró que a la tutelante le faltaban por cotizar 4 semanas del periodo legalmente

exigido, argumento que, según esta Corte, no podía ser válido para negar el pago de la prestación solicitada debido a que, la accionante no se encontraba laborando y con ello, la licencia de maternidad era la única fuente de ingreso que garantizaba la subsistencia de la madre y de su menor hijo, es decir se constituía en su mínimo vital, situación que no fue desvirtuada por la entidad demandada.

De los casos citados que fueron decididos por las diferentes Salas de Revisión de esta Corte, se concluye que, una aplicación estricta del requisito legal referido a la cotización igual al periodo de la gestación, para que se reconozca y pague la licencia de maternidad, conduce a que en circunstancias en las cuales tanto la madre como el hijo dependan económicamente de esta prestación se desconozca su derecho sustantivo al mínimo vital y a la subsistencia, razón por la cual deben aplicarse las normas constitucionales que garantizan especial protección al trabajo tanto a la madre durante el embarazo y después del parto, así como para los hijos de éstas menores de un año<sup>33</sup>, teniendo en cuenta además el carácter prevalente que adquieren los derechos involucrados de los sujetos inmersos en la controversia.

#### 6. El caso objeto de estudio.

Como quedó referido en el aparte de esta providencia en el que se plasmaron los antecedentes, la señora Karina Paola Canchila Arrieta acudió a la acción de tutela buscando le fuera protegido su derecho fundamental al mínimo vital en conexidad con los derechos de los niños, debido a la negativa de Coomeva E.P.S., en reconocer y ordenar el pago de la licencia maternidad a la que dice tener derecho, debido a que como trabajadora independiente cotizó al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Mediante Auto de fecha seis (6) de junio de 2006, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre) admitió la acción de tutela y decidió correr traslado de la misma al “Director de Coomeva E.P.S.” de esa ciudad, con el fin de que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la comunicación respectiva, rindiera un informe claro y detallado sobre los hechos y las pretensiones de la actora. Orden que fue cumplida por la Secretaría de ese juzgado a través del oficio No. 1297 del 6 de junio de 2006<sup>34</sup>. Vencido el término otorgado, la entidad demandada no se pronunció.

A través del fallo de fecha veinte (20) de junio de 2006, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), declaró improcedente la acción impetrada. Después de referirse de manera genérica al contenido y alcance de la acción de tutela y de citar algunas sentencias de esta Corte sobre el tema, concluyó que este medio de defensa judicial, en lo atinente al pago de la licencia de maternidad, solamente opera en los eventos en los cuáles esta

acreencia es el único medio que tiene la madre para subsistir en condiciones dignas, mientras se reintegra a sus labores.

A su juicio, se encuentra demostrado que la accionante está afiliada como cotizante desde el "2005/05/19, parió el 20/12/2006 por ello solicitó a COOMEVA EPS, el pago de la licencia de maternidad, y la misma le fue negada porque de manera oral le manifestaron que no cumplía con el periodo mínimo de cotización establecido legalmente para que se reconozca y pague la licencia de maternidad.."35.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Debido a que para esta Sala de Revisión, del acerbo probatorio que obra en el expediente no existía claridad sobre los motivos por los cuáles Coomeva E.P.S., negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad<sup>36</sup>, el magistrado sustanciador, por Auto del tres (3) de octubre de 2006, ordenó por Secretaría General de esta Corte, se oficiara a la entidad demandada con el fin de que, dentro de los dos días siguientes a su notificación, informara si aún no había cancelado la licencia de maternidad reclamada por la actora y en caso negativo, precisara los motivos en que se apoya esa entidad para tomar esa decisión. Mediante el oficio No. OPT B 365/2006 del cuatro (4) de octubre de 2006<sup>37</sup>, La Secretaría General de esta Corte, dio cumplimiento a lo ordenado por el Magistrado Ponente. Una vez vencidos los términos, la entidad demandada no dio respuesta.

Ahora bien, el juez de conocimiento citó apropiadamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de acreencias laborales y la excepción a dicha regla en lo atinente a las licencias de maternidad cuando la misma constituye el único medio de subsistencia tanto para la madre como para su menor hijo. Empero, el ejercicio hermenéutico de adecuación del caso a la doctrina constitucional no fue adecuado, así como tampoco la valoración probatoria que realizó, actuación que explica el resultado de su decisión.

En efecto, el juez de instancia, consideró inicialmente que el no haber respondido la entidad demandada su requerimiento al corrérsele traslado de la demanda, en aplicación de lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, debían tenerse por ciertos los hechos narrados por la actora en la demanda de tutela, motivo por el cual decidiría de plano. No obstante sostuvo -entrando por demás en contradicción, pues ya había sostenido que la demandante estaba afiliada como cotizante al Sistema de Salud-, que no se encontraba acreditado que la actora hubiere realizado aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es decir, pese a que en la parte motiva del fallo había tenido por cierta la afiliación en salud de la tutelante a Coomeva E.P.S., y la incapacidad por maternidad que la citada entidad le había otorgado, concluyó que no aparecía la prueba de los aportes por tal concepto.

Esta Sala de Revisión no comparte las apreciaciones del juez de instancia para declarar improcedente el amparo solicitado. Afirmación que se sustenta en el hecho de que en el expediente de tutela se encuentra la licencia de maternidad aportada por la actora con el escrito de tutela<sup>38</sup>, que se originó, según el diagnóstico en “PARTO UNICO ESPONTANEO”, expedida por Coomeva E.P.S. el día 7 de marzo de 2006, por un término de 84 días, que iban desde el 20 de diciembre de 2005 hasta el 13 de marzo de 2006, lo que demuestra fehacientemente que la tutelante se encontraba cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de trabajadora independiente con un sueldo de \$408.000.00, motivo por el cual no había necesidad que se comprobara con los recibos de autoliquidación su calidad de cotizante por tal concepto. Menos aún cuando para la demostración del hecho de haber cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud no se exige una prueba en especial para establecerse, basta que ello aparezca acreditado mediante cualquiera de los medios probatorios<sup>39</sup>, como en este caso lo fue a través del documento aportado por la tutelante en el que consta la licencia de maternidad autorizada por la E.P.S. demandada.

Cosa distinta es si la accionante cumplía con el periodo mínimo de cotización por el tiempo de la gestación que se exige legalmente para el pago de la acreencia reclamada y de si procedía la tutela para ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la misma. Situación que además omitió evaluar el juez de instancia.

En efecto, obra prueba en el expediente de tutela que la actora se afilió al Sistema de Salud a Coomeva E.P.S., desde el 19 de mayo de 2005<sup>40</sup>, tiempo que sumado hasta el momento del parto, esto es, al 20 de diciembre de 2005 da un total de 7 meses y un día, que equivalen a 28 semanas y un día de cotización dentro del periodo de la gestación, que restadas a las 36 semanas de evolución de la misma<sup>41</sup> producen un total de un mes y 29 días (siete semanas) que faltaron por cotizar para cumplir el periodo mínimo de cotización o al que debía sujetarse la accionante según la ley.

Ahora bien, como la entidad demandada no respondió la acción de tutela, como tampoco al requerimiento del Magistrado Ponente en sede de revisión sobre los motivos que la llevaron a negarse a pagar la licencia de maternidad, debe tenerse por cierta la afirmación expuesta por la demandante en que ello se debió a la “falta de requisitos reglamentarios<sup>42</sup>” y que estos a su vez se relacionan con el incumplimiento del periodo mínimo de cotización regulado en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y en el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047

de 2000, según puede inferirse de los aspectos, fáctico y jurídico debatidos en caso objeto de revisión.

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, especialmente, se insiste, cuando al trabajar de forma independiente, sus ingresos se verían reducidos en razón a que debía descansar<sup>43</sup> y así recuperarse físicamente después de la experiencia del alumbramiento<sup>44</sup>, además del tiempo que debía invertir en el cuidado y protección a su menor hijo. Esta circunstancia afecta indudablemente las posibilidades de la madre en la consecución de ingresos tendientes a suplir sus necesidades más apremiantes y las de su menor hijo. Por este motivo el asunto trasciende a la órbita meramente legal y adquiere relevancia constitucional<sup>45</sup>. De allí que el juez de instancia debió conceder la acción de tutela, previa inaplicación de las normas legales que exigían un mínimo de cotización igual al de la gestación para reconocer y pagar la acreencia reclamada, al verificar las circunstancias materiales en las que se encontraba la madre y la presunción que gobernaba la situación puesta a su conocimiento.

En definitiva, el juez de tutela tampoco aplicó las reglas trazadas por doctrina constitucional sobre la vulneración del mínimo vital, que sostiene que (i) esta se presume cuando la madre obtiene mensualmente ingresos por el valor del salario mínimo, o por menos de esa cantidad. Presunción que además opera en los casos en los cuáles el salario es la única fuente de ingresos de la beneficiaria de la licencia<sup>46</sup> y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor<sup>47</sup>, correspondiendo a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción<sup>48</sup>; (ii) cuando la madre se ve forzada a reingresar a sus labores o a trabajar nuevamente sin que se haya vencido la licencia a que tiene derecho, este hecho es indicador de la vulneración al mínimo vital<sup>49</sup>; (iii) el mínimo vital le permite al trabajador cubrir sus necesidades básicas y las del núcleo familiar que depende de él<sup>50</sup>, y finalmente, (iv) el análisis de una eventual afectación al derecho al mínimo vital no puede restringirse a casos relacionados con el salario mínimo<sup>51</sup>.

En verdad, en el caso que es objeto de análisis, la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, por comprometer el mínimo vital y el derecho a la vida en condiciones dignas de la actora y de su hijo, no puede estar supeditado su pago a requisitos formales que alteran su naturaleza y finalidad, debido a que involucra garantías superiores que cobijan a sujetos de especial protección constitucional como lo son en este caso, la madre y su menor hijo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta propias de su condición (madre que al momento de instaurar la tutela recién había cumplido la incapacidad

por maternidad<sup>52</sup>, e hijo con escasos cinco meses y 14 días de edad a tal época). A esta situación se suman las condiciones materiales por las que atraviesa actualmente la tutelante<sup>53</sup>, esto es, la precaria situación económica que le impide atender sus necesidades básicas y las de su hijo<sup>54</sup>, según su afirmación plasmada en el escrito de tutela, referida a que, en este momento no recibe ningún ingreso debido a que no está laborando<sup>55</sup>. Afirmación que goza de credibilidad pues no fue desvirtuada por la entidad demandada<sup>56</sup>.

Y no podía ser para menos, debe reiterarse, que la acción de tutela en casos como el presente deba proceder, pues como lo ha sostenido esta Corte, la prestación económica obtenida por concepto de licencia de maternidad tiene por objeto permitir a la madre recuperarse físicamente después de la experiencia del parto, pudiendo así atender sus necesidades y las del recién nacido, además de brindarle a éste las condiciones que le permitan su desarrollo, tanto físico como emocional y afectivo durante las primeras semanas de vida<sup>57</sup>.

En este orden de ideas, considera esta Sala de Revisión que en el presente caso, se encuentran acreditados los requisitos de la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la tutelante, esto es, acudió a la acción de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo<sup>58</sup>; cotizó en forma oportuna durante cuatro, de los seis meses anteriores al momento en el cual se causó el derecho<sup>59</sup>, y, aunque realizó cotizaciones superiores a 28 semanas por concepto de salud a Coomeva E.P.S. de las 36 semanas<sup>60</sup> que duró el periodo de gravidez<sup>61</sup>, tiempo último que es el exigido por la norma para ordenar el reconocimiento y pago de esta prestación, su no cancelación, vulnera no solamente el derecho al mínimo vital de la madre sino de su menor hijo y por ende compromete su derecho a la vida en condiciones dignas. Por este motivo debe inaplicarse para el caso sub examine, las normas que regulan un periodo mínimo de semanas de cotización igual al de la gestación para reconocer y ordenarse el pago de la licencia de maternidad y en su lugar aplicar las normas superiores que regulan esta garantía doblemente reforzada por la calidad de sujetos inmersos en la misma -madre e hijo- (arts. 13, 43, 44, 50 y 53 C.P.) y el carácter prevalente que adquieren sus derechos.

Por las razones expuestas, esta Sala de Revisión, revocará el fallo de fecha veintinueve (29) de junio de 2006, proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre) que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Karina Paola Canchila Arrieta en contra de Coomeva E.P.S. de la ciudad de Sincelejo (Sucre) y en su lugar tutelaré el derecho fundamental al mínimo vital invocado. En consecuencia, ordenará a Coomeva E.P.S., de la ciudad de Sincelejo (Sucre), que si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora.

### III. DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de 2006, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), la cual declaró improcedente la acción de tutela incoada por la señora Karina Paola Canchila Arrieta. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo del derecho fundamental invocado al mínimo vital, en conexidad con los derechos de los niños.

SEGUNDO: ORDENAR a Coomeva E.P.S. de Sincelejo (Sucre), 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 Karina Paola Canchila Arrieta la licencia de maternidad número 4060002624 expedida por esa entidad el día 7 de marzo de 2006.

TERCERO. Para garantizar la efectividad de los derechos involucrados en el presente caso, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre), notificará esta sentencia dentro del término de dos (2) días después de haber recibido la comunicación de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Le remitirá copia del fallo a la señora Karina Paola Canchila Arrieta y al representante legal de Coomeva E.P.S. de la ciudad de Sincelejo (Sucre).

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Según constancia que obra a folio 16 del expediente, en el aparte “RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA”, del fallo del veintinueve (29) de junio de 2006, proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre).

2 Folio 13 del expediente.

3 Sentencia T-336 de 2006.

4 Sentencia T-383 de 2006.

5 Señala el artículo 162 de la Ley 100 de 1993: “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la

salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

6 Cfr. Sentencia C-383 de 2006.

7 El texto vigente de esta disposición consagra lo siguiente: “ART. 236.— Subrogado. L. 50/90, art. 34. Descanso remunerado en la época del parto.

“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

“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.

“PAR.—Modificado. L. 755/2002, art. 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

“Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

“La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

“El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.

“La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

“Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.”

8 Citado, entre otras, en la sentencia T-1298 de 2005.

9 Al respecto, en la sentencia T-999 de 2003, se dijo: “Siendo el parto un hecho físico certificado por el médico que atendió a la madre, aparece claramente establecido que el derecho a la licencia, se configuró y surgió a la vida jurídica y que no esta en discusión”.

10 Consultar entre otras, las sentencias T-947 de 2005 y T-383 de 2006.

11 Cfr. Sentencia T-283 de 2006.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

13 Sentencias T-1013 de 2002 y 118 de 2003.

14 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-161 de 1996, T-647 de 1999, T-323 de 2000, T-1637 de 2000 y T-947 de 2003.

15 Sentencias T-682 de 2005 y T-437 de 2006.

16 Puede consultarse sobre el tema la sentencia T-347 de 2006.

17 Sentencias T-674 de 2006.

18 Sentencia T-999 de 2003.

19 Sobre el tema se dijo en la sentencia T-019 de 2005, lo siguiente: “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”.

20 Sentencia T-208 de 2006.

21 Sobre el tema, puede consultarse entre otras, las siguientes sentencias: T-999 de 2003, T-584 de 2004 y T-1019 de 2005,

22 Sentencia T-682 de 2005.

23 En la sentencia C-157 de 2002, en relación con el artículo 27 de la Convención de los derechos del niño se dijo que esta norma, “tiene tres numerales adicionales. El segundo señala que la obligación de garantizar un nivel de vida adecuado corresponde a los padres, o a quien tenga la custodia del menor, dentro de sus condiciones o posibilidades económicas. Los numerales 3 y 4 se ocupan de señalar que al Estado le corresponde tomar las medidas que se requieran para apoyar a los padres y demás personas responsables de los menores en su deber de garantizar las condiciones adecuadas de vida que requiere el menor. De igual forma, la legislación nacional reconoce estos derechos a la protección, la asistencia y el cuidado en el Código del Menor, estableciendo que el Estado es su garante, subsidiariamente, cuando los padres o los encargados legalmente del menor no están en capacidad de hacerlo”.

24 Según lo recordó la Corte en la sentencia T-208 de 2006, ha sido indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 56.

25 El texto del citado artículo es el siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

26 Sentencia T-408 de 1995 y T-208 de 2006.

27 Consultar entre otras, las sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 , T-664/02 y T- 389/04 y T-044/05.

28 Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02.

29 Sentencias T-258/00 y T-390/01.

30 Consultar entre otras, las sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02, T-996/02, T-421/04, T-019 /05, T-549/05, T-682/05 y T-947/05.

31 Sentencias T-791 de 2005 y T-1020 de 2005.

32 T-304 de 2004, T-549 de 2005 y T-674 de 2006.

33 Entre otras decisiones en el mismo sentido, puede consultarse las sentencias T - 931 de 2003, T - 304 de 2004, T-549 de 2005, T-1205 de 2005 y T-1298 de 2005.

34 Folio 13 del expediente. Además a folio 14, obra constancia suscrita por Carlos Paternina Arrázola, Secretario del juzgado de conocimiento, de fecha 13 de junio de 2006, en la que se lee: " En la fecha pasó la presente solicitud de acción de tutela al Despacho de la señora Juez, a fin de que se sirva proveer, ya que se encuentra debidamente diligenciado lo ordenado en el proveído de fecha junio 06 del presente año".

35 Folio 17 del expediente.

36 Pese a que el juez de instancia, argumentó que la entidad demandada le manifestó verbalmente a la actora que no cumplía con el periodo mínimo de cotización ( folio 17 del expediente). Afirmación que a juicio de esta Sala no cuenta con sustento en el expediente.

37 Folio 14 del cuaderno No. 2.

38 Folio 4 del expediente.

39 Sobre el tema el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que es aplicable por remisión de lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 306 de 1992 al proceso de tutela, establece lo siguiente: "Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez".

40 Folio 7 del expediente.

41 Según aparece demostrado a folio 6 del expediente.

42 Folio 1 del expediente.

43 EN la sentencia T-791 de 2005, sobre el tema del pago de la licencia de maternidad a las trabajadoras independientes se indicó que no debía olvidarse "...la imposibilidad de trabajar durante la licencia, situación que efectivamente desprotegería a la madre y a su hijo recién nacido".

44 En la sentencia T-991 de 2005, al respecto se dijo: "Es evidente que la mujer en el momento del parto y durante el periodo posterior al mismo, requiere de la protección especial mencionada, toda vez que su capacidad física y laboral se ve disminuida notablemente".

45 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 1002 de 2001; T-707 de 2002; T-999 de 2003; T-389, T-390, T-504, T-551 y T-605 de 2004.

46 Como lo recordó la Corte en la sentencia T-437 de 2006, "en estos casos la vulneración se

presume, por lo cual no debe entenderse que cuando se obtengan ingresos mayores al monto señalado o el juez se enfrente a casos que no puedan subsumirse en la presunción se deba excluir necesariamente la posibilidad de vulneración o amenaza al derecho al mínimo vital. Sentencia T-921 de 2005”.

47 Se dijo en la 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.

48 Sentencia T-091/05.

49 Sentencia T-641 de 2004.

50 Sentencia T-065 de 2006.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

52 Su hijo nació el día 20 de diciembre de 2005 y la licencia de maternidad fue autorizada por Coomeva E.P.S., entre la fecha indicada, hasta el 13 de marzo de 2006 (Folio 4 del expediente). De la misma forma, la acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo (Sucre) mediante Auto de fecha 6 de junio de 2006.

53 En la sentencia T-790 de 2005, la Corte decidió tutelar el derecho al mínimo vital en un caso en el cual a la demandante le faltó por cotizar al sistema de salud por el término de un mes (4 semanas). Se dijo en esa oportunidad: “ Así las cosas, la cotización impagada (Enero de 2004) por la señora Mónica Arévalo Barrantes, cuando no se encontraba vinculada a ningún empleador, a la luz de la normatividad legal, produciría la pérdida inmediata del derecho, pero como se ha dicho en el numeral 8 del capítulo IV de la parte considerativa de esta providencia, por encima de esa normatividad, de manera excepcional, prevalece la obligación constitucional que tiene el Estado de garantizar la satisfacción del mínimo vital a personas que gozan de protección especial. En esta oportunidad, se reiterará este tipo de protección excepcional a favor de la señora Mónica Arévalo Barrantes y su menor hija.

Excepcionalmente, y de conformidad con las circunstancias que enmarcan este caso, en el que confluyen los hechos de ser madre de un recién nacido y ser madre cabeza de familia, se concederá el amparo solicitado.

Es de anotar que si bien hasta el momento se ha concedido la tutela a madres que habían dejado de cotizar por 15, 11 y 18 días, la protección vía tutela en el presente caso en el cual se dejó de cotizar por un mes se justifica porque, a diferencia, de los casos antes fallados donde no estaba probado que la actora además de ser madre fuera cabeza de familia, está

plenamente probado que concurren las dos protecciones constitucionales reforzadas”.

54 En la sentencia T-147 de 2005, sobre el tema se dijo: “Así pues, es evidente la afectación al mínimo vital de la accionante, toda vez que, según lo expresado por la señora Díaz Buitrago, su cónyuge se encuentra actualmente desempleado y todos los gastos de su grupo familiar deben ser asumidos por ella, en cabeza de quien recae el único ingreso.

En este sentido, la jurisprudencia ha resaltado que “la misión del juez de tutela que constata que por la omisión de las autoridades o los particulares se afectan los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, debe ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que se busca proteger, tanto a la madre como a su hijo.”<sup>54</sup> “No enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa de la entidad accionada en reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital”. T-999 de 2003”.

55 Según se desprende del punto quinto del escrito de tutela que obra a folio 2 del expediente.

56 Sobre el tema, en la sentencia T-1023 de 2004, la Corte manifestó: “En efecto, en tanto la accionante y su hijo se encuentran en estado de debilidad manifiesta - por tratarse de una trabajadora que acabó de dar a luz y su hijo un recién nacido -, se presume la vulneración de su derecho al mínimo vital y basta la afirmación de la primera en el sentido de que carecen de otros ingresos y atraviesa una difícil situación por el no pago de la licencia de maternidad. A ello se suma la circunstancia de que tales afirmaciones no fueron controvertidas por parte de la entidad demandada, para que, en aplicación del principio de buena fe, se pueda tener por demostrado que se ha presentado la mencionada vulneración”.

57 Sentencia T-336 de 2006.

58 Su menor hijo nació el 20 de diciembre de 2005, según el registro civil de nacimiento que obra a folio 5 del expediente y la acción de tutela fue admitida mediante providencia del 6 de junio de 2006 (folio 11 del expediente).

59 Manifestación que no fue desvirtuada por Coomeva E.P.S. y por ello debe tenerse por cierta.

60 En la sentencia T-1168 de 2000, se dijo: “Debe manifestarse por esta Sala que la duración del periodo de gestación constituye elemento fundamental para establecer la procedencia de la prestación económica por maternidad de las madres que iniciaron su embarazo con posterioridad a la vigencia del Decreto 806 de 1998..”.

61 Según consta a folio 6 del expediente en la que obra la “hoja de epicrisis” de la Clínica Santa María Ltda de Sincelejo Sucre en la que consta el nacimiento de un niño con una duración de la gestación de 36 semanas.