

Sentencia T-998/08

LICENCIA DE MATERNIDAD-Subsidiariedad e inmediatez en el reconocimiento a través de tutela

LICENCIA DE MATERNIDAD-Elementos que debe considerar el Juez Constitucional en el momento de realizar una interpretación de los requisitos legales

Son tres los elementos que debe considerar el juez constitucional en el momento de realizar una interpretación de los requisitos legales a que se sujeta el pago de la licencia de maternidad, a saber: (i) Las condiciones particulares de la madre y de su menor hijo, en relación con sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la preexistencia de una actividad económica desarrollada personalmente por la madre que se vea interrumpida con motivo del alumbramiento; y (iii) el cumplimiento de los principios de solidaridad y obligatoriedad, traducido en el pago oportuno de los aportes al sistema que, de paso, coadyuva a la garantía de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud.

LICENCIA DE MATERNIDAD Y ALLANAMIENTO A LA MORA

INTERPRETACION FLEXIBLE DE LOS REQUISITOS DE CORRESPONDENCIA ENTRE LOS PERIODOS DE COTIZACION Y DE GESTACION Y DE FIDELIDAD AL SISTEMA DE SALUD

LICENCIA DE MATERNIDAD-Avance en la consolidación de reglas para la procedencia del reconocimiento

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago proporcional

Referencia: expedientes acumulados T-1.713.389, T-1.713.408, T-1.713.485, T-1.714.386, T-1.714.394, T-1.715.412, T-1.716.973, T-1.718.190, T-1.721.231, T-1.725.875, T-1.727.024, T-1.727.238, T-1.958.305, y T-1.960.880.

Accionantes: Ibeth Mirey Morales Vega, Silvia Belén Fajardo López, Nancy Esperanza Hernández Vargas, Franchesca Lucía Marzola Cárdenas, Laudith Esther Núñez Escorcía, Wendy Johanna Olivera Herrera, Diana Patricia Almanza Causil, Diana Carolina Afanador Gil, Diana Marcela Muñoz Muñoz, Yanira Elizabeth Samaca Estupiñán, Sandra Patricia Buitrago Cano, Jenny Carolina Arboleda Sánchez, Nubia Alcira Moreno Roa y Lina Paola de las Salas Álvarez.

Demandados:

Coomeva EPS, Comfenalco EPS, SaludCoop EPS, Salud Total EPS, SolSalud EPS, Famisanar EPS y Servicio Occidental de Salud EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla y el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, dentro del expediente T-1.713.389; el Juzgado Veinticinco Penal Municipal en Función de Garantías de Cali, dentro del expediente T-1.713.408; el Juzgado Primero Civil Municipal de Tunja, dentro del expediente T-1.713.485; el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena, dentro del expediente T-1.714.386; el Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, dentro del expediente T-1.714.394; el Juzgado Doce Civil Municipal de Cartagena, dentro del expediente T-1.715.412; el Juzgado Civil Municipal de Cereté -Córdoba y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté - Córdoba, dentro del expediente T-1.716.973; el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga y el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, dentro del expediente T-1.718.190; el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, dentro del expediente T-1.721.231; el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cúcuta, dentro del expediente T-1.725.875; el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja, dentro del expediente T-1.727.024; el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tuluá, dentro del expediente T-1.727.238; el Juzgado Setenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, dentro del expediente T-1.958.305; y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao - Guajira y el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao - Guajira, dentro del

expediente T-1.960.880.

I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

La Sala de Selección No. 10 de la Corte Constitucional, mediante auto del cuatro de octubre de 2007, comunicado el veintitrés de octubre del mismo año, decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-1.713.389, T-1.713.408, T-1.713.485, T-1.714.386, T-1.714.394, T-1.715.412, T-1.716.973, T-1.718.190 y T-1.721.231. De igual forma, en el mismo Auto, la Sala decidió acumular entre sí estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma sentencia.

La misma Sala de Selección, mediante auto del once de octubre de 2007, comunicado el veintinueve de octubre del mismo año, decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-1.725.875, T-1.727.024 y T-1.727.238. En la misma providencia, la Sala decidió acumular entre sí estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma providencia.

La Sala Cuarta de Revisión, considerando que los expedientes señalados anteriormente presentan unidad de materia decidió acumularlos para ser fallados en una misma providencia, mediante Auto del 13 de febrero de 2008.

La Sala de Selección No. 7 de la Corte Constitucional, mediante Auto del 18 de julio de 2008, comunicado el 25 de julio del mismo año, decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-1.958.305 y T-1.960.880.

Finalmente, la Sala Cuarta de Revisión, en Auto del 19 de septiembre de 2008 decidió acumular entre sí y al expediente T-1.713.389, los expedientes de tutela T-1.958.305 y T-1.960.880, por presentar unidad de materia para que fueran fallados en la misma sentencia.

II. ANTECEDENTES

1. La Solicitud

Las demandantes, mediante escritos separados, que coinciden en sus aspectos esenciales, acuden a la acción de tutela para solicitar que se ordene a las entidades accionadas el reconocimiento de la licencia de maternidad a que creen tener derecho, como quiera que la negativa en el pago de dicha prestación afecta sus derechos fundamentales y los de sus menores hijos al mínimo vital y a la vida digna.

2. Fundamentos Fácticos y Jurídicos de las Acciones de Tutela

En este acápite se presentan los elementos fácticos y jurídicos que dieron lugar a las distintas solicitudes de amparo que se han acumulado en esta providencia, de conformidad con los elementos probatorios originalmente allegados por las partes y con aquéllos recaudados por esta Corporación en sede de revisión mediante Auto del 13 de febrero de 2008, en el que se solicitó a cada una de las accionantes que informara lo siguiente:

1. Cuál era la actividad laboral que desempeñaba [como trabajadora dependiente o independiente] durante el período de gestación, indicando las funciones que realizaba, la forma en que eran contratados sus servicios y la remuneración que devengaba mensualmente.

2. Si dentro del año anterior a la concepción realizaba alguna actividad laboral, precisando las funciones que ejercía, la forma en que eran contratados sus servicios, las fechas en que ello tuvo lugar y la remuneración que devengaba mensualmente. En caso de no haber laborado con anterioridad a la época de la concepción, indicar de dónde obtenía los recursos económicos para atender sus necesidades y las de su núcleo familiar.

3. Si en la actualidad se encuentra laborando. En caso afirmativo, precisar si lo hace de manera independiente o dependiente, qué actividades desarrolla y cuál es el monto de sus ingresos mensuales.

4. Si dentro del año anterior a la época de la concepción se encontraba afiliada al Régimen de Seguridad Social en Salud. En caso afirmativo indicar si lo estaba a través del régimen contributivo o subsidiado, en calidad de cotizante o beneficiaria y a través de qué EPS o ARS.

5. Si en la actualidad se encuentra afiliada al Régimen de Seguridad Social en Salud. En caso afirmativo indicar si lo está a través del régimen contributivo o subsidiado, en calidad de cotizante o beneficiaria, a través de qué EPS o ARS y si le han prestado oportunamente la atención médica que ha requerido para ella y para su menor hijo.

6. Cómo está conformado, en la actualidad, su núcleo familiar, precisando cuántas personas

tiene a su cargo y si reside en vivienda propia, arrendada o familiar.

7. En la actualidad, a cuánto ascienden sus ingresos y egresos mensuales, cuál es la fuente de dichos ingresos y cómo son invertidos.

8. Si posee bienes muebles e inmuebles.

9.Cuál es su relación actual con el padre del menor cuyo nacimiento dio lugar a la licencia de maternidad que se pretende obtener mediante esta acción. Indicar qué actividad laboral desempeña en la actualidad el padre del menor, cuál es el monto de sus ingresos, si colabora con los gastos propios del cuidado del menor y si convive con la accionante.

2.1 . Expediente T-1.713.389[1]

El 1 de febrero de 2006, la señora Ibeth Mirey Morales Vega ingresó a la Cooperativa de Trabajo Asociado Crecer Caribe, en donde desempeñó oficios varios, con funciones de impulsadora de ventas y percibió una compensación mensual de un salario mínimo más el auxilio de transporte. La actora fue afiliada al régimen de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales.

El 23 de octubre de 2006, la accionante dio a luz en la Clínica Santa Mónica, por lo que le fue expedida la respectiva incapacidad por el término de ley. Sin embargo, la EPS Coomeva se negó a reconocer el pago de la prestación económica por licencia de maternidad aduciendo falta de cotización durante todo el período de gestación.

En el año anterior a su concepción la accionante laboraba por días en el almacén de calzado ALFOR en actividad de oficios varios, realizando funciones de impulsadora de venta de calzado, época en la que estuvo vinculada como beneficiaria de su compañero a la EPS Coomeva. En la actualidad la accionante no se encuentra trabajando, en atención a que no puede realizar ninguna actividad laboral dado que el parto fue por vía de cesárea lo que la obliga a mantenerse en estado de reposo. Por tal razón, la accionante es beneficiaria de su compañero frente a la misma EPS.

El núcleo familiar de la actora está conformado por su compañero, su hijo y su madre; en la actualidad carece de ingresos propios, de manera que el salario de su compañero es la única fuente de ingresos familiares con la que atienden sus necesidades. El compañero permanente de la actora trabaja como mensajero, devenga un salario mínimo y colabora con los gastos del menor.

2.2. Expediente T-1.713.408[2]

El 22 de marzo de 2006, la señora Silvia Belén Fajardo López se vinculó laboralmente con la empresa Fajartex, fecha a partir de la cual fue afiliada a Comfenalco EPS, realizando los aportes al sistema de salud de forma ininterrumpida de marzo a noviembre del mismo año.

El 5 de noviembre de 2006 nació la menor hija de la accionante, por lo que ésta solicitó el pago de la licencia de maternidad, que le fue negado por la EPS demandada, dado que no cumplía con el número de semanas que requería para tal fin.

En el año 2005, la accionante se desempeñaba como secretaria recepcionista en la empresa

Tecnicable Ltda., mediante un contrato por seis meses. En el año 2007 la accionante laboró para la empresa Creartex y, en el período comprendido entre el 28 de abril y el 23 de mayo de 2008, trabajó en la compañía Pisa - Proyectos de Infraestructura S.A., a través de una agencia de empleo. Durante los períodos en que estuvo vinculada laboralmente, la accionante realizó oportunamente las cotizaciones a la EPS Comfenalco.

El núcleo familiar de la actora está conformada por su compañero permanente y su menor hija quienes en la actualidad dependen económicamente de los ingresos que ella deriva de su trabajo, como quiera que el padre de la menor se encuentra desempleado.

2.3. Expediente T-1.713.485[3]

La señora Nancy Esperanza Hernández Vargas indica que desde hace varios años se afilió a SaludCoop EPS, en calidad de trabajadora independiente, cancelando los aportes respectivos. El 17 de enero de 2007, la accionante dio a luz, por lo que solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, que le fue negada bajo el argumento de que el empleador se encontraba en mora.

Durante el período de gestación, la actora se desempeñó como manicurista y estilista en diferentes salas de belleza en las que le arrendaban el lugar de trabajo y, en ocasiones, prestando dichos servicios a domicilio, con lo que devengaba aproximadamente un salario mínimo mensual.

Entre noviembre de 2005 y enero de 2006 se encontraba vinculada mediante contrato a término indefinido con la empresa Paradise Casino Club en el cargo de cajera y oficios varios, devengando el salario mínimo mensual.

Con posterioridad al parto, no ha podido laborar con continuidad por motivo de un nuevo embarazo y por el estado de salud de la primera de sus tres hijas que le demanda cuidado especial, por lo que trabaja en sus espacios libres como estilista percibiendo mensualmente sumas cercanas al salario mínimo. En la actualidad es afiliada cotizante del régimen contributivo de salud a través de la misma EPS y generalmente ha recibido la atención médica requerida en forma oportuna.

El núcleo familiar de la accionante está compuesto por ella y sus tres hijos quienes habitan en una vivienda en arriendo, siendo la actora quien responde por todos los gastos, con sus ingresos que ascienden aproximadamente a la suma de \$400.000. Dado que los egresos son equivalentes a \$500.000, la actora cubre el déficit con el apoyo de sus familiares y el escaso apoyo económico del padre de sus hijos, quien no convive con ellos, se encuentra desempleado y aporta ocasionalmente \$100.000 para los gastos de los niños.

La accionante, adicionalmente, señala que con ocasión del parto de su segundo hijo no pudo laborar por lo que contrajo deudas para atender a las necesidades de su hogar. Finalmente refiere que si bien pagó algunos aportes de forma extemporánea, nunca dejó de cancelarlos y que la dilación en la cotización atendió a su calidad de madre cabeza de familia, en estado de gravidez por lo que en ocasiones se dificultaba la colocación laboral.

2.4. Expediente T-1.714.386[4]

La señora Franchesca Lucía Marzola Cárdenas señala que desde hace aproximadamente un año y medio se encuentra afiliada a Salud Total EPS y que entregó de manera cumplida el aporte correspondiente al régimen de salud al señor Alberto López, funcionario de dicha entidad, hasta el mes de marzo de 2006, fecha en la que este último dejó de laborar con la EPS aludida.

El 2 de noviembre de 2006, a la actora le fue practicada una ecografía obstétrica, por cuenta de Salud Total; posteriormente al solicitar la cita para el control regular le fue comunicado que había sido desafiliada por mora, situación que la sorprendió por cuanto con anterioridad fue atendida sin que le fuera manifestada la irregularidad en el estado de su afiliación.

Por sugerencia de una asesora de la EPS accionada, el 23 de octubre de 2006, la demandante canceló los seis períodos que tenía en mora, no obstante lo cual le fue indicado por la misma funcionaria que la única forma de solucionar su problema era volverse a afiliarse, lo que conllevaría la pérdida de beneficios como el pago de la licencia de maternidad.

La actora alega que por la deficiente asesoría prestada consintió en afiliarse nuevamente a la EPS accionada el 24 de octubre de 2006, lo que llevó a la pérdida de beneficios por no tener las semanas de cotización mínimas requeridas para acceder a servicios médicos especiales. Es por esto que, el 24 de noviembre de 2006, tuvo que acudir a la Clínica la Inmaculada, de forma particular, para que le realizaran la cesárea que requería para dar a luz, intervención médica por valor de ochocientos cincuenta mil pesos (\$850.000) que tuvo que sufragar con

recursos que obtuvo a través de un crédito a tasa de usura.

2.5. Expediente T-1.714.394[5]

La señora Laudith Esther Núñez Escorcía se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud a través de SaludCoop EPS desde abril de 2006, en calidad de cotizante independiente.

El 27 de septiembre de 2006, la demandante dio a luz por lo que solicitó la prestación económica de licencia de maternidad que le fue negada por no haber cotizado durante el término que exige la ley.

La actora manifiesta que el alumbramiento sucedió de forma prematura; sin embargo, en el formato de liquidación de prestaciones económicas, SaludCoop señaló que el período de gestación había sido de 38 semanas.

La accionante aduce que es madre cabeza de familia y que en la actualidad no tiene empleo porque dedica su tiempo al cuidado de su menor quien se encuentra en delicado estado de salud porque nació con problemas de riñones aumentados. Por esta razón, depende económicamente de lo que aporta su compañero permanente quien devenga alrededor de \$250.000 mensuales.

2.6. Expediente T-1.715.412[6]

La señora Wendy Johanna Olivera Herrera se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el 1º

de octubre de 2006, en calidad de cotizante independiente. El 27 de marzo de 2007 dio a luz por cesárea, por lo que solicitó la prestación de licencia por maternidad que le fue negada por mora en el pago de los aportes.

La accionante señaló que antes de quedar embarazada vivía en casa de sus padres y estudiaba bacteriología; sin embargo, con la noticia del embarazo abandonó su hogar y sus estudios, comenzó a trabajar y, al segundo mes de gestación, se afilió a Coomeva EPS como cotizante independiente.

Durante el embarazo, su compañero no trabajaba, por lo que ella asumía los gastos del hogar con el dinero que obtenía vendiendo minutos y revistas. Con posterioridad, su compañero consiguió trabajo por lo que ella continuó su afiliación a Coomeva en calidad de beneficiaria.

Finalmente la accionante refiere que en la actualidad reside con su compañero permanente y su menor hijo en un apartamento en el que paga arriendo, que no ha podido seguir vendiendo minutos porque tiene un saldo pendiente con una compañía de telefonía celular y que atiende las necesidades de su hogar con el salario mínimo que devenga su compañero.

2.7. Expediente T-1.716.973[7]

La señora Diana Patricia Almanza Causil, afiliada a SaludCoop EPS, dio a luz el 3 de marzo de 2007, por lo que solicitó a esta entidad el reconocimiento de la prestación de licencia de maternidad que le fue negada por no haber cotizado durante todo el período de gestación.

Desde marzo de 2003 hasta el 15 de julio del 2006, la actora laboró en el Almacén Kilo Telas Montería, ejerciendo las funciones de vendedora de mostrador con vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido, percibiendo un salario mínimo legal mensual

vigente. Durante el período de gestación, colaboraba con su hermana en la costura de uniformes y sudaderas, encargada de los trazos, devengando una remuneración mensual de \$300.000 aproximadamente. En la actualidad labora con su hermana en la confección de uniformes con ingresos mensuales de \$350.000 aproximadamente.

Conforme a lo anterior, la actora aduce que en el año anterior a la concepción se encontraba afiliada al régimen contributivo de salud en calidad de cotizante en la EPS SaludCoop y que actualmente no se encuentra afiliada a ningún régimen de seguridad social por lo que ella y su hijo se encuentran desprotegidos. Finalmente, refiere que su grupo familiar está conformado por ella y su hijo quienes viven en la casa de sus padres y que el padre del menor no convive con ellos, trabaja en un taller y ocasionalmente colabora con los gastos del menor.

2.8. Expediente T-1.718.190[8]

La señora Diana Carolina Afanador Gil, para la época de la gestación, se encontraba laborando como auxiliar de enfermería y estaba afiliada en calidad de cotizante a SolSalud EPS. Sin embargo, en el curso del embarazo se dio por terminado su vínculo laboral por lo que continuó su afiliación como beneficiaria.

El 10 de septiembre de 2006 la actora dio a luz, hecho por el cual elevó petición para el reconocimiento de la licencia de maternidad, la cual le fue negada por cuanto no cotizó durante todo el período de embarazo y porque realizó algunos aportes en calidad de cotizante y otros en calidad de beneficiaria.

El 21 de febrero de 2008 la accionante manifestó a esta Corporación que el Juzgado Quinto

Municipal de Bucaramanga, en el marco de una nueva acción de tutela, resolvió favorablemente la petición elevada en relación con el pago de la licencia de maternidad, fallo que fue cumplido por SolSalud EPS en su totalidad.

2.9. Expediente T-1.721.231[9]

La señora Diana Marcela Muñoz Muñoz se encuentra afiliada a Famisanar EPS desde el 14 de agosto de 2006, en calidad de cotizante independiente, dando a luz el 9 de marzo de 2007, con 37 semanas de gestación, fecha para la cual reunía 34 semanas de cotización al sistema de salud.

La actora solicitó la prestación económica por licencia de maternidad, la cual le fue negada por la entidad demandada dado que no cumplió con el pago de los aportes durante todo el período de gestación.

Durante el período de gestación, la actora desarrolló actividades laborales de forma independiente recolectando material reciclable, cuidando niños y ayudando en casas de familia. En el año anterior a la concepción no realizaba actividades laborales porque cuidaba de su hermana enferma y su sostenibilidad económica dependía de los pocos recursos que obtenía su padre. En la actualidad labora en las mismas actividades ya referidas, con ingresos mensuales promedio de \$380.000.

El grupo familiar de la actora está compuesto por ella, su hija y su esposo, quien en la actualidad se encuentra trabajando con un contrato por seis meses con ingreso de \$970.000 y colabora con los gastos de su hijo menor.

La actora pone de presente que tiene la intención de seguir cotizando al sistema de seguridad social pero que, como quiera que su parto fue de alto riesgo, no puede continuar laborando, de manera que el reconocimiento de la licencia de maternidad incide en su continuidad en el sistema de seguridad social en salud, por cuanto un monto de la prestación sería destinado al cubrimiento de los aportes correspondientes.

2.10. Expediente T-1.725.875[10]

La señora Yanira Elizabeth Samaca Estupiñán se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el 16 de enero de 2006; el 26 de septiembre del mismo año, estando afiliada a dicha entidad, dio a luz, por lo que solicitó el reconocimiento de la licencia de maternidad que le fue negada bajo el argumento de que no cumplía con la cotización ininterrumpida durante el período de gestación.

La accionante señala que la negativa se basa en una información errónea, dado que la EPS demandada alega que la actora sólo cotizó 14 días del mes de enero de 2006, sin tener en cuenta que su empleador radicó oficio de corrección de fecha de afiliación de la cotizante.

Desde el 15 de enero de 2003, la accionante desempeña el cargo de auxiliar contable en el Almacén Tracto Camiones realizando funciones de secretaría, archivo y contabilidad, mediante contratos de trabajo sucesivos a término fijo entre los períodos del 15 de enero y el 16 de diciembre de todos los años, percibiendo un salario mínimo mensual. En este sentido, la actora ha estado afiliada a Coomeva EPS antes de la concepción, durante la gestación y después del parto.

El núcleo familiar de la actora está conformado por su hijo menor y su esposo quien trabaja

como auxiliar contable en la empresa Casino el Dorado devengando un salario mínimo. De esta forma, con los dos salarios mínimos que constituyen los ingresos familiares, los cónyuges responden por el arriendo y los gastos de alimentación, transporte y servicios públicos, entre otros.

Finalmente la accionante manifestó que durante el período de la licencia de maternidad, que no le fue remunerada, incurrió en serios problemas financieros que aún representan limitaciones económicas de la familia.

2.11. Expediente T-1.727.024[11]

La señora Sandra Patricia Buitrago Cano manifiesta que se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el 26 de enero de 2005. Señala que desde enero de 2005 hasta mayo de 2006 lo estuvo en calidad de cotizante, que desde esa fecha hasta noviembre de 2006 pasó a ser beneficiaria de su esposo por perder capacidad de pago y que, de noviembre de dicho año hasta la actualidad ha estado cotizando sin interrupciones.

El 12 de abril del 2007 dio a luz, por lo que solicitó el pago de la licencia de maternidad a la entidad demandada, la cual fue negada por cuanto según Coomeva EPS hubo un lapso de interrupción en el pago de la cotización.

La accionante manifiesta que parte del período de gestación estuvo afiliada al régimen de salud como beneficiaria. Adicionalmente refiere que en la actualidad atiende sus necesidades y las de su menor hijo con el salario que devenga su esposo que asciende a la suma de dos millones de pesos. De igual forma señala que ocasionalmente celebra contratos que le reportan ingresos adicionales para satisfacer sus necesidades vitales. Manifiesta que la falta

de reconocimiento de la licencia de maternidad no ha afectado su mínimo vital.

2.12. Expediente T-1.727.238[12]

La señora Jenny Carolina Arboleda Sánchez se encuentra afiliada al Servicio Occidental de Salud EPS desde el 26 de septiembre de 2006, fecha en la que contaba con cuatro semanas de gestación. El 27 de mayo de 2007 la actora dio a luz, por lo que solicitó el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, la cual fue negada por cuanto la accionante no había cotizado al sistema de salud por un período igual al de gestación. Sobre el particular, ésta afirmó que se afilió a la entidad demandada cuando contaba con un mes de gestación.

2.13. Expediente T-1.958.305[13]

La señora Nubia Alcira Moreno Roa aduce que desde hace aproximadamente diez años es afiliada cotizante de la EPS Famisanar y que, estando laborando para la empresa Herramientas y Seguridad, en el mes de julio de 2007, quedó en estado de embarazo.

El 11 de septiembre de 2007 se retiró de la compañía referida e inició labores en Disfer y Cía., empresa que la afilió al régimen de salud hasta el 11 de octubre de 2007, bajo el entendido de que el período anterior era cubierto por las cotizaciones realizadas por el

anterior empleador.

El 6 de abril de 2008 la actora dio a luz por lo que solicitó a la EPS accionada el pago de la licencia de maternidad que le fue negada por cuanto ésta no cumplía con el requisito de cotización completa e ininterrumpida durante el período de gestación.

La accionante refiere que la falta en el pago de la licencia de maternidad afecta su mínimo vital y el de sus tres hijos menores de edad, por cuanto carece de otros ingresos con qué atender a sus necesidades vitales.

2.14. Expediente T-1.960.880[14]

La señora Lina Paola de las Salas Álvarez señala que trabajaba en la Droguería Family y que fue afiliada por su empleador a SaludCoop EPS desde el 1º de febrero de 2004. Según relata la accionante, el 28 de marzo de 2007 se retiró voluntariamente de dicha empresa y a partir de mayo del mismo año se afilió a SaludCoop como trabajadora independiente, pagando las cotizaciones correspondientes.

El 14 de diciembre de 2008 a la actora le fue practicada una cesárea por lo que, posteriormente, solicitó el pago de la licencia de maternidad que le fue negada bajo el argumento de que no había cotizado durante todo el período de gestación.

La accionante señala que el único período en el que dejó de cancelar el aporte respectivo fue aquél en el que se presentó el tránsito de trabajadora dependiente a independiente y que si el cambio no fue inmediato, ello obedeció a que en SaludCoop le informaron que para que el

cambio fuera efectivo debía esperar unos días. En efecto, en los primeros días del mes de abril se realizó la afiliación, pactando la conservación de la antigüedad.

Finalmente la accionante pone de presente que su núcleo familiar está conformado por dos hijos menores de edad y su esposo quien se encuentra desempleado, por lo que el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad resulta fundamental para atender su mínimo vital.

3. Oposición a la Demanda de Tutela

3.1. Expediente T-1.713.389

Cooameva EPS se opuso a las pretensiones de la accionante, manifestando que ésta no había cotizado de forma continua durante todo el período de gestación.

Por su parte, la Cooperativa de Trabajo Asociado Crecer Caribe manifestó que la actora se integró como asociada cooperada el 1º de febrero de 2006, por lo que dicha entidad procedió a realizar las cotizaciones que por ley le corresponde frente a las entidades del régimen de seguridad social. Alegó, finalmente, que la obligación de pagar la licencia de maternidad está a cargo de la EPS Coomeva por lo que solicitó que fuera desvinculada del proceso de tutela que se adelanta.

3.2. Expediente T-1.713.408

Comfenalco EPS señaló que no podía reconocer la prestación económica de licencia de maternidad a la accionante, dado que ésta había incumplido con el período mínimo de cotización exigido por la ley, como quiera que sólo había realizado aportes por 28 semanas de las 38 que duró la gestación.

3.3. Expediente T-1.713.485

SaludCoop EPS manifiesta que la pretensión de la accionante no está llamada a prosperar por cuanto existió interrupción en las cotizaciones durante el período de gestación. En efecto, la entidad demandada señaló que la actora incurrió en mora en el pago de aportes al sistema durante la gestación y en el período de la licencia. De otra parte, indica que la pretensión de la actora es improcedente por cuanto es exclusivamente de carácter económico y no se compromete la salud y vida del menor, en atención a que mientras ésta siga cotizando a la EPS demandada se le prestará la atención médica que requiera.

3.4. Expediente T-1.714.386

Salud Total EPS señaló que el reconocimiento de la licencia de maternidad fue negado a la actora, dado que no cotizó durante todo el período de gestación, como quiera que para la época del parto sólo contaba con 8,75 semanas de aportes.

3.5. Expediente T-1.714.394

SaludCoop EPS manifestó en el escrito de contestación de la tutela que la accionante se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 4 de abril de 2006 y que no se le reconoció la

prestación solicitada por cuanto al momento de afiliarse ya se encontraba en estado de gravidez, lo que denota la mala fe con la que actuó la accionante al no declarar el embarazo.

De otra parte señala que a la accionante y a su menor hijo no se le ha negado la prestación de los servicios médicos que ha requerido. Al mismo tiempo indicó que la actora no acreditó la falta de capacidad económica y no dio cuenta del paradero del padre del menor.

3.6. Expediente T-1.715.412

Coomeva EPS manifestó en la contestación de la demanda que para la fecha de afiliación de la accionante, esto es, para el 1º de octubre de 2006, ésta ya contaba con aproximadamente dos meses de embarazo, situación que se evidencia como quiera que el 27 de marzo de 2007 dio a luz, por lo que, al no cumplir con los requisitos legales, no es procedente el reconocimiento de la prestación reclamada.

3.7. Expediente T-1.716.973

SaludCoop EPS señaló que la accionante se encuentra afiliada desde el 13 de septiembre de 2006, estando al día en los pagos, con un total de 28 semanas de aportes al sistema de salud. De acuerdo con lo anterior, indicó que la negativa en el reconocimiento de la prestación de licencia de maternidad obedeció a la falta de cotización durante todo el término de gestación.

3.8. Expediente T-1.718.190

SolSalud EPS dio respuesta a la acción de tutela señalando que el pago de la licencia de maternidad no era procedente, dado que la accionante no cotizó durante todo el período de gestación. En efecto, la entidad demandada señala que la actora se afilió el 26 de enero de 2005 y se retiró el 28 de enero de 2006; posteriormente se volvió a vincular como independiente el 4 de abril de 2006, retirándose el 1 de mayo del mismo año. El 6 de julio de 2006 se volvió a afiliarse, dejando de cotizar dos meses y doce días, por lo que no se reúnen los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

3.9. Expediente T-1.721.231

Famisanar EPS señala que la actora se encuentra afiliada al sistema de salud, a través de esta entidad, desde el 14 de agosto de 2006, completando para la fecha de contestación de la demanda, un total de 32 semanas, mientras que, para la época del parto, tan solo contaba con 20 semanas de aportes.

Señala que, a la fecha, la accionante y su menor hijo cuentan con la atención médica derivada del Plan Obligatorio de Salud a través de Famisanar EPS; de igual forma indica que no existe vulneración a los derechos fundamentales alegados por la actora por cuanto ésta no cotizó ininterrumpidamente durante todo el período de gestación.

3.10. Expediente T-1.725.875

Coomeva EPS se opuso a las pretensiones de la accionante bajo el argumento de que la actora no cotizó de forma ininterrumpida durante todo el período de gestación. En efecto, puso de presente que la actora tuvo una interrupción entre los dos últimos contratos de

trabajo, de manera que en enero sólo se cotizaron 14 días.

3.11. Expediente T-1.727.024

Coomeva EPS señaló en el escrito de contestación de la tutela que la accionante se encuentra vinculada a dicha entidad en calidad de cotizante independiente desde el 1 de noviembre de 2006, por lo que a la fecha del parto sólo contaba con 22 semanas de gestación. Por dicha razón el pago de la licencia de maternidad resulta improcedente habida cuenta que no se cumple con los requisitos exigidos legal y reglamentariamente para tal fin.

3.12. Expediente T-1.727.238

Servicio Occidental de Salud EPS, tras referir las normas que rigen la prestación de licencia de maternidad, señala que no es procedente el reconocimiento económico de la licencia de maternidad porque la actora cotizó 30 semanas comprendidas entre el 26 de octubre de 2006 y el 27 de mayo de 2007, tiempo inferior a las 40 semanas de gestación, de manera que no se cumple con el requisito de realizar aportes al sistema de salud durante todo el período de embarazo.

3.13. Expediente T-1.958.305

Famisanar EPS señala que la acción de tutela es improcedente porque con ella no se persigue la protección de un derecho fundamental sino el reconocimiento de una prestación económica. Adicionalmente indica que, en la actualidad, a la actora se le presta toda la atención médica que requiere y que la negativa en el pago de la prestación por licencia de maternidad obedeció a que la demandante no cotizó en forma completa e ininterrumpida durante todo el período de gestación.

3.14. Expediente T-1.960.880

SaludCoop EPS indica que la actora se encuentra afiliada desde el 1 de mayo de 2007 y que el parto tuvo lugar el 14 de diciembre del mismo año, con lo que el período de aportes no cubre el de gestación, de manera que no es posible reconocer la prestación económica por licencia de maternidad.

III. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Expediente T-1.713.389

El Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla, mediante providencia del 12 de marzo de 2007, negó la tutela instaurada por la señora Ibeth Mirey Morales Vega, al considerar que no había cumplido con el requisito legal y reglamentario de cotizar al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación, como quiera que según afirmó la EPS demandada, la actora sólo realizó aportes por un período de 31 semanas, mientras que el período de gestación se extendió por 36 semanas.

El 27 de marzo de 2007, la accionante impugnó la anterior decisión bajo la consideración de que las normas invocadas por el juez de primera instancia exigen la cotización durante todo el período de gestación y no por 36 semanas, estando acreditado que la actora cotizó desde febrero hasta octubre de 2006, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene derecho a la prestación económica por licencia de maternidad.

En Sentencia del 3 de julio de 2007, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla confirmó la providencia de primera instancia por cuanto la accionante no acreditó que la falta del pago de la licencia de maternidad afecte su mínimo vital y el de su menor hija, por lo que debe acudir a la jurisdicción ordinaria a desatar la controversia que plantea en sede de tutela.

2. Expediente T-1.713.408

El 4 de junio de 2007, el Juzgado Veinticinco Penal Municipal en Función de Garantías de Cali, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante como quiera que no realizó la cotización ininterrumpida a la EPS demandada durante todo el período de gestación.

3. Expediente T-1.713.485

Mediante providencia del 28 de junio de 2007, el Juzgado Primero Civil Municipal de Tunja negó el amparo de los derechos fundamentales alegados como vulnerados por la actora, por cuanto, si bien opera la figura del allanamiento a la mora, se tiene que en el mes de octubre de 2006 no se realizó el aporte correspondiente, lo cual configura la interrupción en las cotizaciones durante el período de gestación e impide el reconocimiento de la prestación deprecada.

4. Expediente T-1.714.386

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena, en fallo del 26 de febrero de 2007, decidió negar el amparo del derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, por cuanto en el expediente aparece acreditado que ésta se afilió a Salud Total EPS el 24 de noviembre de 2006, dando a luz al mes siguiente, por lo que no cumple con el requisito de cotización durante todo el período de gestación.

5. Expediente T-1.714. 394

El Juzgado Noveno Penal Municipal de Barranquilla, mediante sentencia del 27 de febrero de 2007 negó el amparo de los derechos invocados por la accionante, en atención a que ésta no cotizó al sistema de salud durante todo el período de gestación.

El 6 de marzo de 2007 la actora impugnó el fallo del A-quo basada en los mismos argumentos presentados en la demanda de tutela.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, mediante providencia del 17 de mayo de 2007 confirmó la sentencia de primera instancia, bajo la consideración de que la accionante no había cotizado durante todo el período de gestación, como quiera que si bien ésta indicó que el parto había sido prematuro, de las pruebas que reposan en el expediente se puede colegir que el embarazo se prolongó por un término de 38 semanas, término en el que no se cotizó ininterrumpidamente, dado que la EPS accionada reporta únicamente 22,5 semanas de aportes.

6. Expediente T-1.715.412

El Juzgado Doce Civil Municipal, en providencia del 7 de junio de 2007, despachó desfavorablemente las pretensiones de la accionante, aduciendo que ésta no cotizó al sistema de salud durante todo el período de gestación, puesto que se afilió a la entidad demandada el 1º de octubre de 2006 y dio a luz el 27 de marzo de 2007, completando tan solo 6 meses de aportes.

7. Expediente T-1.716.973

El 27 de abril de 2007, el Juzgado Civil Municipal de Cereté -Córdoba-, resolvió negar el amparo de los derechos invocados por la demandante, por cuanto la actora no cotizó durante todo el período de gestación, de manera que no se acredita el supuesto de hecho que da lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad.

El 2 de mayo de 2007, la señora Diana Patricia Almanza Causil impugnó la anterior providencia, señalando que el juez desconoció el deber constitucional que le asiste a la EPS demandada de reconocer la licencia de maternidad, como quiera que la acción de tutela fue interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento del menor, se efectuó la cotización de forma ininterrumpida durante todo el período de gestación y se trata de un derecho fundamental susceptible de amparo por el juez de tutela.

Mediante providencia del 4 de junio de 2007, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté -Córdoba- confirmó la sentencia del A-quo, por las mismas consideraciones expuestas en primera instancia.

8. Expediente T-1.718.190

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga, en sentencia del 24 de abril de 2007, concedió el amparo del derecho al mínimo vital a la actora por considerar que de acuerdo a sus afirmaciones, que se deben valorar dentro del marco del principio constitucional de buena fe, carece de los recursos para atender las necesidades propias y las de su menor hijo.

De otra parte, el juez manifestó que la accionante cotizó si no todo, sí mayoritariamente durante el período de gestación, por lo que dio prevalencia a lo sustancial sobre lo formal, dando aplicación al derecho al descanso remunerado en la época posterior al parto.

El 27 de abril de 2007, SoSalud EPS impugnó la providencia del A-quo, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

En sentencia del 6 de junio de 2007 el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo de los derechos señalados por la demandante, aduciendo que ésta no reunía los requisitos que se exigen legalmente para acceder al reconocimiento de la prestación pretendida. En efecto, el Ad-quem señala que la actora cotizó de forma intermitente durante su período de gestación y que, en todo caso, el tiempo total de cotización durante el período de gestación no superó los cinco meses.

9. Expediente T-1721.231

El Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en providencia del 30 de marzo de 2007, negó la tutela de los derechos alegados por la accionante, en la medida en que no se encontraba acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la licencia de maternidad, habida cuenta que a la actora le faltaron tres semanas para que el período de cotización equivaliera como mínimo al de gestación.

El 11 de abril de 2007 la accionante impugnó la decisión del juez de primera instancia, señalando en primer lugar que existe inconsistencia en la contabilización de las semanas de cotización al sistema de salud. En efecto, en la contestación de la demanda la EPS demandada alega que el período de cotización fue de 20 semanas comprendidas entre el 14 de agosto de 2006 y el 9 de marzo de 2007, cuando en realidad en dicho período hay aproximadamente 28 semanas; de otra parte, en el formato de negación de la licencia de maternidad la EPS Famisanar señaló que el tiempo de cotización correspondía a 34 semanas.

De otra parte señala que la licencia de maternidad no debe evaluarse como un tema de carácter patrimonial sino que debe entenderse como un derecho fundamental en los casos en que, como en el suyo, la falta de reconocimiento afecta el mínimo vital y la vida.

Pone de presente que tiene la intención de seguir cotizando al sistema de seguridad social pero que, como quiera que su parto fue de alto riesgo, no puede continuar laborando, de manera que el reconocimiento de la licencia de maternidad incide en su continuidad en el sistema de seguridad social en salud, por cuanto un monto de la prestación sería destinado al cubrimiento de los aportes correspondientes.

El 15 de mayo de 2007, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá confirmó el fallo impugnado basado en que la actora no cotizó durante todo el período de gestación.

10. Expediente T-1.725.875

Mediante providencia del 19 de julio de 2007, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cúcuta negó el amparo de los derechos invocados por la accionante basado en que no se cumplía

con el requisito de inmediatez en la interposición de esta acción de naturaleza preferente y sumaria, dado que al momento de su ejercicio habían transcurrido más de seis meses desde que inició la incapacidad por licencia de maternidad.

11. Expediente T-1.727.024

El 21 de agosto de 2007, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja decidió no tutelar los derechos fundamentales alegados como vulnerados por la accionante, en atención a que ésta no cotizó durante todo el período de gestación y que se encuentra demostrado que cuenta con los medios suficientes de subsistencia de manera que no existe afectación del mínimo vital.

12. Expediente T-1.727.238

Mediante providencia del 3 de julio de 2007, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tuluá negó la tutela de los derechos invocados por la actora, en atención a la falta de cotización durante todo el período de gestación.

13. Expediente T-1.958.305

El Juzgado Setenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, en decisión del 16 de junio de 2008, negó el amparo solicitado por la accionante en atención a que no se reunieron los requisitos

legales para hacer exigible el pago de la licencia de maternidad. Concretamente, el juez consideró que la actora no había cotizado de forma completa durante el año anterior a la causación del derecho porque hubo una interrupción en el pago del mes de octubre de 2007.

14. Expediente T-1.960.880

En providencia del 4 de marzo de 2008, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Maicao amparó el derecho al mínimo vital de la actora y ordenó el pago de la licencia de maternidad solicitada, bajo el entendido de que la falta en su reconocimiento afecta su mínimo vital y que la interrupción en el pago de la cotización obedeció a una fuerza mayor, cual fue el tránsito de trabajadora dependiente a independiente.

SaludCoop EPS impugnó el fallo del A-quo por cuanto éste ordenó el pago de la licencia de maternidad sin facultarla a recobrar dicho concepto, de manera que solicitó que la providencia fuera revocada en atención a los argumentos expuestos en la oposición a la demanda o que, en su defecto, se ordene el recobro ante el FOSYGA.

El Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Maicao, en fallo del 7 de abril de 2008, revocó la decisión del juez de primera instancia al considerar que el mes que la accionante dejó de cotizar no resulta irrisorio y no se encuentra justificado por el cambio de trabajador dependiente a independiente.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

2.1. Legitimación Activa.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En los casos que se revisan en la presente providencia, las accionantes son personas mayores de edad que actúan en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentran legitimadas para presentar la acción.

2.2. Legitimación Pasiva.

Las empresas demandadas son entidades de carácter particular que se ocupan de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en los procesos de tutela que se revisan en esta sentencia.

3. Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si la negación en el reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte de las Entidades Promotoras de Salud demandadas, constituye una actuación lesiva de los derechos fundamentales invocados por las accionantes.

Para tal efecto, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad y avanzará en aquélla respecto de los criterios de interpretación flexible de los requisitos definidos legalmente para su causación.

4. Subsidiariedad e Inmediatez en el Reconocimiento de la Licencia de Maternidad a Través de la Acción de Tutela.

Tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991 se desprende la condición subsidiaria de la acción de tutela y el carácter inmediato de la protección que de su ejercicio se deriva. Bajo este entendido, la acción de amparo constitucional sólo es procedente en los casos en que el interesado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para hacer valer sus derechos, siempre que la misma se promueva dentro de un término tal que la protección del Estado, por esta vía, resulte eficaz.

En materia del reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, esta Corporación ha fijado unos criterios específicos en torno a los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como pasa a verse.

4.1. Subsidiariedad.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, tratándose de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en atención al compromiso de derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo[15], circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia y, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para su causación, proceder a su efectivo reconocimiento[16].

Así, la Corte ha entendido que en los eventos en que la madre dependa de los ingresos derivados de su actividad laboral y no posea otra fuente de ingreso, la imposibilidad de desempeñarse normalmente en su trabajo y por consiguiente la falta de percepción de ingresos remuneratorios tornan a la licencia de maternidad en una prestación social que adquiere carácter fundamental por encontrarse íntimamente ligada con el desarrollo integral de la madre y su hijo recién nacido, en la medida en que representa el único ingreso que permite solventar sus necesidades básicas de subsistencia[17].

4.2. Inmediatez.

La jurisprudencia constitucional, consolidada desde la Sentencia T-999 de 2003[18], ha establecido que el término oportuno para solicitar por vía de tutela el pago de la licencia de maternidad se extiende por un año contado desde el momento del alumbramiento, con lo que se amplió temporalmente la protección otorgada a la madre y al menor recién nacido, mediante el cambio de la línea jurisprudencial que sostenía que la oportunidad para interponer la demanda era el término de duración del descanso remunerado, esto es, 84 días contados desde la época del parto.

Según se dijo en la providencia referida, el énfasis de la protección constitucional debe hacerse en el recién nacido que, de acuerdo con la Constitución Política, goza de prerrogativas especiales en cuanto a protección reforzada durante su primer año de vida, de suerte que la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año, término en el que le es dado a las madres acudir a la acción de tutela para la protección de su mínimo vital y el de sus hijos.

4.3. De acuerdo con los criterios de subsidiariedad e inmediatez analizados, el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de tutela resulta procedente en los eventos en que la falta en el pago de tal prestación comprometa los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo, esto es, cuando se encuentre amenazado, entre otros, su mínimo vital, siempre que la acción se ejerza dentro del año siguiente al momento del parto y que, en principio, se cumplan los requisitos legales para su causación.

5. Naturaleza y Finalidad de la Licencia de Maternidad.

El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado y que, en caso de que se

encuentre desempleada o desamparada, recibirá de éste subsidio alimentario. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en las épocas del parto y de la lactancia y en caso de aborto[19].

5.1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del menor a la vida digna y al mínimo vital[20].

5.1.1. Así, el pago de la prestación económica por licencia de maternidad realiza los principios de igualdad y solidaridad, en la medida en que evita la discriminación de la mujer en función de la maternidad y coordina esfuerzos sociales para su protección. En efecto, los procesos naturales de concepción, gestación y alumbramiento ubican a la mujer en un nivel de inferioridad respecto del hombre en distintos escenarios, como el laboral, de manera que se torna imperativo su amparo a través de medidas que, como la licencia de maternidad financiada con recursos solidarios del sistema de seguridad social, suplan el ingreso que con motivo del alumbramiento la mujer trabajadora deja de percibir.

5.1.2. La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido[21].

5.2. Si bien el origen de esta prestación se encuentra en la legislación laboral, en la actualidad cobija no solo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas

aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del alumbramiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.

5.3. Así las cosas, es pertinente aclarar que si bien el solo hecho de la maternidad da lugar a una protección reforzada por parte del Estado, ésta no siempre se traduce en el pago de la prestación por licencia de maternidad, como quiera que para ello el legislador ha dispuesto una serie de requisitos que, en principio, deben completarse cabalmente para que proceda el reconocimiento de dicha prestación.

Estos requisitos, según la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, son los siguientes: (i) Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación (Decreto 47 de 2000), (ii) que su empleador (o la misma cotizante en caso de ser trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho (Decreto 1804 de 1999), y (iii) que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho (Decreto 1804 de 1999).

5.4. La jurisprudencia constitucional ha establecido que para hacer efectiva la protección especial que el Estado debe prodigar a las madres y a los menores recién nacidos, debe realizarse una interpretación flexible de los requisitos legales y reglamentarios definidos para la procedencia del pago de la prestación económica por licencia de maternidad. Sin embargo, resulta relevante destacar que dicha interpretación, a la vez que debe procurar la protección integral del núcleo familiar, debe atender a la naturaleza de la prestación y del sistema institucional diseñado para su cumplimiento.

5.4.1. En cuanto a la naturaleza de la prestación económica, se tiene que la licencia de maternidad consiste en un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento.

Sólo bajo tal entendido, se explica que las madres afiliadas al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiarias y aquéllas vinculadas al régimen subsidiado de salud no tengan derecho al pago de la prestación económica por maternidad. Ciertamente, en estos escenarios se prescinde del pago de la licencia por cuanto, en principio, no existen unos ingresos cuya percepción se interrumpa con motivo del alumbramiento. Ello sin embargo, no significa que estas madres carezcan de la protección especial del Estado, por cuanto éste, en todo caso, debe garantizar la salud y la vida de la madre y del menor recién nacido e, incluso, en los casos de desempleo o desamparo debe otorgar un subsidio alimentario según ordena el artículo 43 de la Constitución Política.

5.4.2. Respecto del sistema institucional diseñado para el pago de la prestación económica por maternidad, es necesario precisar que el Régimen de Seguridad Social en Salud colombiano funciona a través de un seguro obligatorio en el que convergen, de un lado, principios de orden público como la solidaridad de las personas con capacidad de pago, materializada en la realización obligatoria y oportuna de las cotizaciones al sistema de seguridad social y, de otro, elementos propios de la lógica y estructura de un seguro privado en el que la dispersión del riesgo es elemento fundamental de su estabilidad financiera y viabilidad de largo plazo.

5.5. Son, entonces, tres los elementos que debe considerar el juez constitucional en el momento de realizar una interpretación de los requisitos legales a que se sujeta el pago de la

licencia de maternidad, a saber: (i) Las condiciones particulares de la madre y de su menor hijo, en relación con sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la preexistencia de una actividad económica desarrollada personalmente por la madre que se vea interrumpida con motivo del alumbramiento; y (iii) el cumplimiento de los principios de solidaridad y obligatoriedad, traducido en el pago oportuno de los aportes al sistema que, de paso, coadyuva a la garantía de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud.

5.6. Conforme a los criterios hermenéuticos referidos, la Sala pasa a fijar las reglas a las que debe atender el juez de tutela al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos legal y reglamentariamente para el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad.

6. Allanamiento a la Mora: Criterio de Interpretación Flexible del Requisito de Pago Oportuno de las Cotizaciones al Sistema de Salud.

Como se refirió anteriormente, el Decreto 1804 de 1999 exige, para el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, el pago oportuno de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, de por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Esta Corporación ha sostenido que, de conformidad con la norma en referencia, la falta de oportunidad en el pago de los aportes al sistema de salud, faculta a la Empresa Promotora de Salud a aplicar la excepción de contrato no cumplido, de manera que amparado en la mora del afiliado, se libera legítimamente de la obligación de satisfacer la prestación debida.

Sin embargo, la Corte también ha establecido que la aplicación mecánica de esta norma, en materia de licencia de maternidad, puede comprometer los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo quienes, de acuerdo con la Carta Política, gozan de especial protección del Estado.

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado la figura del allanamiento a la mora según la cual, no obstante que la afiliada al régimen de seguridad social en salud haya realizado tardíamente el pago de las cotizaciones respectivas, por virtud de los principios de buena fe y continuidad, si la entidad correspondiente no exceptuó en el momento de la mora tal situación, se presume que la entidad promotora de salud ha consentido en el incumplimiento y ha dado por subsanada la mora del afiliado al aceptar el pago tardío, de manera que no le es dado alegar la excepción de contrato no cumplido y se obliga a satisfacer la prestación económica por licencia de maternidad[22].

7. Interpretación Flexible de los Requisitos de Correspondencia entre los Períodos de Cotización y de Gestación y de Fidelidad al Sistema de Salud.

Según fue citado en acápite previo, para el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, el Decreto 1804 de 1999 exige que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho, al tiempo que el Decreto 47 de 2000 impone el requisito de cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación.

De esta forma, es dado afirmar que para el reconocimiento del descanso remunerado por maternidad, la afiliada cotizante al sistema de salud debe satisfacer un requisito de fidelidad y uno de correspondencia entre los períodos de cotización y gestación, a los cuales subyace la intención del Estado de evitar fraudes al sistema, crear una cultura de afiliación, priorizar la focalización del gasto público en salud a partir de recursos escasos, desarrollar el principio

de solidaridad en la asunción de las cargas sociales a través de un sistema integral de seguridad social y garantizar la estabilidad financiera del sistema de salud.

Conforme a una interpretación literal de las normas que regulan la materia, en los casos en que las madres no han cotizado al régimen contributivo de salud durante todo el período de gestación ni dentro del año anterior al alumbramiento, las Empresas Promotoras de Salud han negado el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, circunstancia que se justifica por la necesidad de que sus actuaciones se ajusten a la ley, de un lado por cuanto su objeto social, de interés público, se somete a los mandatos constitucionales y legales y, de otro, porque solo merced a la acreditación del cumplimiento de los requisitos legales o de la ejecución de una orden judicial se activa el mecanismo de financiación de las prestaciones económicas en el sistema de salud, que para el caso de la licencia de maternidad opera como una transferencia de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía, diferente de las unidades de pago por capitación.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que una aplicación mecánica de los requisitos referidos, en ocasiones puede hacer nugatoria la protección especial que el Estado prodiga a las madres después del parto y a los menores recién nacidos, de manera que, es dado al juez de tutela, en atención a las particularidades de cada caso concreto, realizar una interpretación flexible de los mismos y dar aplicación directa a los principios constitucionales de igualdad, solidaridad, el amparo a la familia y los derechos al mínimo vital y la vida digna de la madre y su menor hijo[23].

En efecto, el descanso remunerado en los casos de maternidad tiene por fin la protección de la madre, el hijo recién nacido y el núcleo familiar, así como la concreción del principio de igualdad a favor de la madre que, en ausencia de dicha prestación, se vería privada de la posibilidad de percibir ingresos en la época posterior al alumbramiento, en razón de los especiales cuidados que requiere el hijo menor y de la necesidad de recuperación física y mental de la madre, después del proceso de gestación y del parto.

Por lo tanto, las normas que desarrollan el mandato constitucional de protección a la maternidad deben interpretarse de tal manera que no hagan nugatorio el amparo de los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo de suerte que, no obstante que en algunos casos no se cumplan los requisitos establecidos para el acceso a la prestación económica por licencia de maternidad, el juez de tutela podrá ordenar su reconocimiento siempre que considere que se satisface el interés general protegido por el legislador, en punto de la solidaridad del sistema y de la financiación de la prestación otorgada.

7.1. Breve Referencia a los Criterios de Interpretación Flexible Aplicados por la Jurisprudencia Constitucional.

En la Sentencia T-136 de 2008[24], la Sala Sexta de Revisión, realizó un recuento de la jurisprudencia constitucional en relación con la inaplicación de los requisitos de correspondencia y fidelidad al sistema de salud para la procedencia del pago de la licencia de maternidad.

7.1.1. En dicha providencia se refirió que a partir del año 1999 la Corte Constitucional comenzó a inaplicar los requisitos aludidos con el objeto de garantizar el orden constitucional y dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal[25]. En efecto, en la Sentencia T-931 de 2003[26], la Corte señaló que los requisitos que sujetan el acceso de las madres a la licencia de maternidad, al cumplimiento del requisito formal según el cual la cotización se debe extender durante todo el período de gestación, en ciertos casos pueden afectar derechos fundamentales.

En este sentido, esta Corporación inaplicó los requisitos referidos en aquellos casos en los que se presentaban interrupciones en el pago de los aportes por períodos inferiores a un

mes, bajo el argumento de que se trataba de un término irrisorio que no podía tener el alcance de comprometer los derechos fundamentales de la madre y su menor hijo[27].

Sobre el particular, en la Sentencia T-298 de 2007[28] se sostuvo lo siguiente:

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

7.1.2. Posteriormente, la Corte Constitucional introdujo el criterio de la proporcionalidad en el pago de la licencia de maternidad, según el cual, en los casos de falta de correspondencia entre el período de gestación y de cotización debía ordenarse un pago proporcional de dicha prestación, de manera que se protegiera el mínimo vital de la madre y su menor hijo, sin afectar el equilibrio financiero del sistema[29]. Sin embargo, esta regla no fue reiterada sistemáticamente por las diferentes Salas de Revisión lo que derivó en la aplicación, ora de la regla de proporcionalidad, ora del pago completo de la prestación.

7.1.3. Ulteriormente, la Corte Constitucional procuró homogeneizar las reglas que debían aplicarse para inaplicar los requisitos bajo estudio, con lo que se estableció el siguiente criterio:

“[L]a Corte (...) concluyó que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema”[30].

De esta forma, la Corte Constitucional, con el fin de armonizar los derechos fundamentales que subyacen al pago de la licencia de maternidad con el principio de equilibrio financiero del sistema de salud, fijó el término de dos meses como parámetro de referencia para el reconocimiento total o proporcional de la licencia de maternidad.

7.2. Avance en la Consolidación de Reglas para la Procedencia del Reconocimiento de la Prestación Económica por Licencia de Maternidad.

La Sala considera que es preciso avanzar en la consolidación de la línea jurisprudencial en relación con los criterios de interpretación flexible de los requisitos legales y reglamentarios para el pago de la prestación económica por licencia de maternidad, en relación con los presupuestos para la inaplicación de los requisitos de fidelidad y de correspondencia y en torno a la procedencia del pago total o proporcional de la prestación.

7.2.1. Presupuestos para la Inaplicación de los Requisitos de Fidelidad y Correspondencia

entre los Períodos de Gestación y Cotización.

Según se precisó en acápite precedente, la licencia de maternidad es una medida de protección otorgada a la madre, el menor recién nacido y la institución familiar, que se materializa en el reconocimiento de un período destinado al descanso y recuperación de la madre y al cuidado del menor, y en el pago de una prestación económica que procura reemplazar los ingresos que aquélla percibía antes del alumbramiento y cuya percepción es esencial para la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo.

Esta Sala de Revisión considera que si bien las reglas que recientemente se han fijado para la determinación de la procedencia del pago total o proporcional de la licencia de maternidad constituyen un avance en la armonización de los principios de protección reforzada a la maternidad y de equilibrio financiero del sistema, aquéllas no son susceptibles de aplicación a todos los casos de que conoce el juez de tutela, en la medida en que respecto de algunos de ellos no se verifican los presupuestos necesarios para inaplicar los requisitos de fidelidad y correspondencia entre los períodos de gestación y cotización, los cuales deben atender a la naturaleza de la prestación y del sistema de salud.

En tal medida, es pertinente que el juez de tutela incorpore dentro del análisis de los presupuestos que dan lugar a la inaplicación de dichos requisitos, además de la afectación del mínimo vital de la madre y su menor hijo, (i) la necesidad de que exista una actividad económica ejecutada personalmente por la madre y que haya sido interrumpida con motivo del alumbramiento, y (ii) el cumplimiento de los principios de solidaridad y obligatoriedad, en el marco del sistema general de seguridad social en salud, que se proyecta en el deber de cotizar que tienen todas las personas con capacidad de pago.

Adicionalmente es necesario que la función tuitiva del juez constitucional atienda a la naturaleza de los derechos sociales y prestacionales en el marco del Estado Social de

Derecho en el que la libertad, la igualdad de oportunidades y la autonomía personal compelen al individuo a afrontar por sí mismo los riesgos que le depara la vida y a que, en tal sentido, propenda por su autosostenimiento, de suerte que, sólo frente a la imposibilidad del individuo de concretar este mandato social, emana el deber del Estado de desplegar su actividad para procurarle ese mínimo en la satisfacción de sus necesidades[31].

En este sentido, se entiende que el individuo es el primer llamado a la autoprovisión de los elementos mínimos para la satisfacción de sus necesidades vitales sin que, en principio, sea admisible que la sociedad y el Estado intervengan para la realización de tal propósito, de manera que, el cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a las prestaciones legales como la licencia de maternidad es un imperativo que sólo puede soslayarse en los eventos en que el interesado se encuentre en una situación de necesidad que anule o afecte gravemente su libertad e igualdad reales.

Si bien sería ideal un estadio de cobertura económica universal para las madres en estado de gestación o después del parto, dada la escasez de recursos, el sistema se ha diseñado de manera que, para aquellas personas que no tienen capacidad de pago, se les atiendan las necesidades especiales derivadas de la maternidad y de la incapacidad de laborar a través del otorgamiento de un subsidio alimentario y, para aquellas que sí tienen capacidad de realizar aportes, una licencia de maternidad, siempre que hayan cotizado al sistema durante todo el período de gestación, requisito al cual subyace la intención del Estado de evitar fraudes al sistema, crear una cultura de afiliación y priorizar la focalización del gasto en salud a partir de los recursos escasos con que se cuenta.

Conforme a lo anterior, el juez constitucional, en aras de garantizar la efectividad de los derechos de la madre y de su menor hijo, y de propender por la realización de los principios esenciales del sistema de salud, debe, en caso de ser necesario, recaudar el material probatorio suficiente para determinar la procedencia del reconocimiento de la licencia de maternidad.

En punto del acervo probatorio que debe guiar el proceso decisorio en materia de licencia de maternidad, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que en muchas ocasiones las madres se afilian al régimen contributivo de salud tan pronto como se enteran de su estado de gravidez con el único propósito de recibir la licencia de maternidad, sin haber sido nunca antes parte del sistema y sin que se advierta la continuidad de la afiliación, comportamiento que ha empezado a trocar la naturaleza de la prestación a la de un subsidio a la maternidad y a alterar el sistema de aseguramiento sobre el que se basa su reconocimiento.

De esta forma, la Corte considera prudente encontrar un equilibrio entre los escenarios en los que la falta de pago de la licencia de maternidad por la no coincidencia entre los períodos de gestación y de cotización resulta desproporcionada para una madre que por razones objetivas tuvo que suspender sus aportes al sistema de salud y aquéllos en los que opera el reconocimiento de dicha prestación a madres que en la práctica están comprando un seguro a la maternidad con el previo acaecimiento de la contingencia cubierta, sin expectativa de permanencia en el sistema de salud.

En este sentido, se reitera el llamado de atención a los jueces de tutela para que incluyan dentro del análisis de procedencia del reconocimiento de la licencia de maternidad los criterios de fidelidad al sistema de salud y de expectativas de continuidad en la afiliación, así como el de la necesidad de acreditar razones objetivas que justifiquen la falta de correspondencia entre las semanas cotizadas y las semanas de gestación.

7.2.2. Proporcionalidad en el Pago de la Licencia de Maternidad

En relación con el pago proporcional, esta Sala considera pertinente advertir que la incidencia del reconocimiento de la licencia de maternidad en el equilibrio financiero del sistema de salud, no debe valorarse exclusivamente en el período de gestación sino también respecto de los períodos anteriores a la concepción y posteriores al alumbramiento, de

manera que dicha prestación no sea reconocida en una cuantía irrisoria que poco contribuya al sostenimiento de la madre y su hijo menor.

En efecto, es posible que una persona que haya cotizado al régimen contributivo de salud durante un período significativo anterior a la concepción quede en estado de embarazo en una etapa transitoria de desempleo, no obstante lo cual, ulteriormente se reincorpora al mercado laboral con vocación de permanencia, de manera que la cesación en el pago de cierto período de cotización, aun cuando sea superior a dos meses, tendrá un efecto mínimo en la viabilidad financiera del sistema y en la dispersión del riesgo, siendo posible, sin lesionar la estabilidad macroeconómica del régimen de salud, conceder en su totalidad la licencia de maternidad.

Ahora bien, puede suceder que una persona haya cotizado al sistema de salud exclusivamente en el período de gestación, sin que antes de la concepción se reporten cotizaciones y sin que con posterioridad al parto subsista la afiliación. En este escenario, siempre que en la valoración del caso concreto se encuentren razones objetivas que justifiquen esta situación y se acredite la afectación de los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo, el juez de tutela deberá ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad, sin reparar en el período durante el cual se extendió la cotización.

La Sala considera que no existe un criterio sólido que justifique la diferencia de trato para las madres que dejan de cotizar menos de dos meses y aquéllas que dejan de pagar aportes por un período superior, en atención a que, como se analizó anteriormente, el análisis del equilibrio financiero del régimen de salud se debe proyectar a los períodos anteriores y posteriores al de gestación.

Por lo tanto, en esta providencia se propone una perspectiva más amplia del análisis del equilibrio financiero del sistema de salud, de suerte que la protección a la maternidad tenga

efectiva realización en mayores escenarios que los que permite la regla vigente y se incorporen nuevos elementos hermenéuticos para la valoración de la procedencia del pago total o proporcional de la licencia de maternidad.

En este sentido, la Corte estima pertinente precisar que toda mujer que al momento del alumbramiento se encuentre trabajando y cumpliendo con el deber correlativo de realizar aportes al sistema de salud, y respecto de la cual se verifique la afectación del mínimo vital que representa la interrupción en la percepción de sus ingresos y la existencia de condiciones objetivas que justifiquen la falta de correspondencia entre el período de cotización y el de gestación, tendrá derecho al pago completo de la licencia de maternidad, no obstante que la diferencia entre el período cotizado y el de gestación sea superior a los dos meses, siempre que se acredite la realización de aportes al sistema de salud en períodos anteriores a la concepción y posteriores al parto que, de un lado, perfeccionen el deber de solidaridad de las personas con capacidad de pago y, de otro, contribuyan a la financiación de la prestación otorgada.

En caso contrario, esto es, si se trata de una madre trabajadora que no ha realizado aportes en períodos diferentes al de gestación, el pago que, de la licencia de maternidad, debe ordenar el juez de tutela será proporcional al tiempo efectivamente cotizado, sin reparar en que la diferencia entre dichos períodos sea superior o inferior a dos meses, como quiera que la falta en el cumplimiento del requisito de correspondencia, aunada a la inexistencia de aportes en el término anterior al parto y, en general, en otros períodos diferentes al de embarazo impide soportar financieramente el reconocimiento de la prestación y desatiende los principios que irradian la imposición de tales requisitos legales, no obstante lo cual es imperativo su reconocimiento proporcional por cuanto se ha acreditado la afectación del mínimo vital y la existencia de razones objetivas que justifiquen la diferencia entre el período de cotización y el de gestación.

El pago completo que se impone como consecuencia de la aplicación de esta regla, sin

reparar en la amplitud del período cotizado durante la gestación se explica en la garantía de protección especial a la madre después del parto y al escenario límite al que se enfrenta una mujer trabajadora que al momento del alumbramiento no ha podido realizar aportes de forma ininterrumpida por razones objetivas no imputables a ella, que, sin embargo por una aplicación inflexible de los requisitos legales, se ve privada de la licencia de maternidad e incluso de un subsidio alimentario, porque su calidad de trabajadora la excluye de los supuestos de desamparo o desempleo.

En este sentido, la Corte concluye que en relación con los recurrentes casos de falta de coincidencia entre el período de gestación y el de cotización al sistema de salud, el juez de tutela debe valorar las condiciones particulares de la accionante y de su núcleo familiar, comprobar la preexistencia de una actividad económica cuyos ingresos se interrumpan con motivo del alumbramiento y de razones objetivas que justifiquen la falta de correspondencia en los períodos referidos. Si de este análisis concluye que es procedente el amparo de los derechos de la interesada, deberá ordenar el pago de la licencia de maternidad, cuya satisfacción total o proporcional dependerá de la valoración que el juez realice, por un lado, del cumplimiento que en períodos diferentes al de embarazo se haya hecho del deber de solidaridad mediante el pago de aportes al sistema de salud, y, de otro, del impacto del pago de la prestación en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, para lo cual resultará útil verificar el historial de aportes y la expectativa de continuidad en la afiliación.

7.3. Fijación de Reglas Jurisprudenciales para la Inaplicación de los Requisitos de Fidelidad y Correspondencia entre los Períodos de Gestación y de Cotización.

En atención a lo establecido en esta providencia respecto de (i) la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, (ii) la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de interpretación flexible de los requisitos establecidos para su reconocimiento, y (iii) el avance en los criterios hermenéuticos que deben guiar la labor del juez de tutela en punto de la

inaplicación de tales requerimientos, a continuación se fijan las reglas que servirán de base para el análisis de los casos concretos sometidos a revisión.

i) La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, se sujeta a que su formulación ocurra dentro del año siguiente al alumbramiento, y a que se acredite, siquiera sumariamente, la amenaza o vulneración de derechos fundamentales conexos.

ii) En principio, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para que proceda el amparo de los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo.

iii) Ante la falta de cumplimiento de alguna de las exigencias de ley, el juez de tutela deberá valorar (a) las condiciones particulares de la madre y de su menor hijo, en relación con sus derechos al mínimo vital y a la vida digna, para lo cual verificará la incidencia que la interrupción en la percepción de sus ingresos laborales tiene en las necesidades de subsistencia de su núcleo familiar; (b) la preexistencia de una actividad económica desarrollada personalmente por la madre que se vea interrumpida con motivo del alumbramiento; (c) la acreditación de razones objetivas ajenas a la voluntad de la madre que justifiquen el incumplimiento de los requisitos de ley; y (d) el compromiso con la materialización de los principios de obligatoriedad, universalidad, solidaridad, eficacia y estabilidad financiera del sistema de salud, que se verifica a través del pago de las cotizaciones correspondientes conforme a la capacidad económica de la interesada.

iv) Si de la valoración de estos elementos, el juez concluye que es procedente el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, ordenará su pago completo, sin reparar en la magnitud de la falta de correspondencia entre el tiempo de cotización y el de gestación, siempre que existan cotizaciones significativas en el período

previo a la concepción que permitan inferir la existencia de fidelidad al sistema o que, en su defecto, se verifique la expectativa de permanencia en el sistema, a través de la realización de aportes en época posterior al parto, de suerte que no se lesione la estabilidad financiera del régimen contributivo de salud.

v) Ahora bien, si no es posible sustentar la fidelidad de la madre a través de la existencia de cotizaciones en un período significativo previo a la concepción, ni es dado afirmar la vocación de permanencia en el sistema de salud, pero, en todo caso, se trata de una madre trabajadora cuyo mínimo vital se encuentra amenazado por la falta de percepción de ingresos económicos y respecto de la cual son predicables criterios objetivos que justifiquen la falta de correspondencia entre el período de cotización y el de gestación, el juez de tutela deberá ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad, con el fin de amparar los derechos fundamentales de la madre y de su menor hijo sin que tal protección amenace la estabilidad financiera del sistema de salud, desincentive la cultura de afiliación y desplace la focalización prioritaria del gasto público.

vi) Adicionalmente, si el juez de tutela advierte que el reconocimiento de la licencia de maternidad trueca su naturaleza de prestación a subsidio, en la medida en que de las pruebas del expediente se desprende que el único supuesto de la afiliación es el estado de gravidez y su único propósito es la expectativa de percibir la prestación económica, sin que existan condiciones objetivas que justifiquen esta circunstancia, deberá negar el pago de dicha prestación.

8. Casos Concretos.

En el presente acápite, la Sala analizará los fundamentos fácticos y jurídicos de cada una de las acciones de tutela sometidas a revisión, para determinar si procede otorgar el amparo deprecado, conforme a las reglas fijadas en el acápite anterior.

8.1. Expediente T-1.713.389

Según consta en el expediente de tutela, la señora Ibeth Mirey Morales Vega cotizó a la EPS Coomeva en el período comprendido entre febrero y octubre de 2006. El 23 de octubre, tras un período de gestación de 38 semanas, la actora dio a luz, por lo que se estima que la concepción acaeció en las primeras semanas de febrero.

De esta forma, la Sala concluye que el motivo de la afiliación al sistema de salud no fue el estado de embarazo de la actora, como quiera que aquélla sucedió casi de forma simultánea con la época de la concepción, de suerte que es dado afirmar que la señora Ibeth Mirey no conocía de su estado de gravidez al tiempo de iniciar a laborar, circunstancia que excluye cualquier intención de fraude al sistema y que, aunado a sus condiciones particulares, lleva al juez de tutela a conceder el amparo de los derechos invocados como vulnerados por la actora. En efecto, el núcleo familiar de la accionante, que está conformado por ella, su cónyuge, su hijo recién nacido y su madre, se sostiene con el salario mínimo que percibe el padre del menor, de manera que resulta fácil advertir que en él incide negativamente la falta del reconocimiento de la licencia de maternidad, al punto de comprometer el mínimo vital de sus miembros.

Ahora bien, en lo que guarda relación con la procedencia del reconocimiento total o proporcional de la licencia, la Sala estima que, no obstante que la EPS accionada asegura que el período de cotización fue de 31 semanas, lo cierto es que en el expediente de tutela aparece como fecha de afiliación de la actora al sistema de salud el 13 de febrero de 2006 y reposan formularios de autoliquidación de aportes consolidados realizados por la Cooperativa de Trabajo Asociado Crecer Caribe por los meses de febrero a octubre del mismo año, de manera que es dado concluir que la actora cotizó al sistema de salud de forma ininterrumpida por un período de 36 semanas.

Si bien dicho período sería suficiente para reconocer el pago completo de la licencia de maternidad de conformidad con el precedente jurisprudencial que en esta Sentencia se desarrolla, al analizar el criterio de la estabilidad financiera del sistema, introducido en esta providencia, la Sala no puede echar de menos que antes de la concepción y después del parto la actora ha estado afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su esposo, de manera que no se presenta una fidelidad al sistema ni una expectativa de cotización que permitan garantizar la dispersión del riesgo. En este sentido, con el fin de armonizar las necesidades de amparo y de viabilidad del régimen contributivo de salud, se concederá el amparo de los derechos fundamentales de la actora y se ordenará el pago proporcional de la licencia de maternidad en cuantía del 95%^[32] del valor que hubiera correspondido de haber cumplido con los requisitos legales para el efecto.

8.2. Expediente T-1.713.408

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente de tutela, se tiene que la señora Silvia Belén Fajardo López ha cotizado a la EPS Comfenalco desde el año 2005, en períodos interrumpidos de acuerdo con su colocación laboral. Para la época de la gestación, la actora se vinculó laboralmente a partir del 22 de marzo de 2006 hasta el 5 de noviembre del mismo año, día en que tuvo lugar el alumbramiento.

La Sala considera que, en el caso de la accionante, la licencia de maternidad efectivamente reemplazaría los ingresos que devengaba antes del alumbramiento y cuya percepción se suspendió con motivo del mismo. Adicionalmente, se estima necesario el reconocimiento de dicha prestación, en atención a que el núcleo familiar de la accionante, conformado por su compañero permanente y su menor hijo, dependía exclusivamente para su sostenimiento del salario que ésta devengaba, por lo que la falta en su reconocimiento lesiona su vida digna y mínimo vital.

En lo que guarda relación con el pago total o proporcional, la Corte considera que, no obstante que, durante el embarazo, la actora cotizó tan sólo por un período equivalente a 32 semanas, es procedente el pago completo de la prestación económica por licencia de maternidad, en atención a que una decisión en tal sentido salvaguarda los derechos fundamentales de la actora y de su menor hijo, sin afectar el equilibrio financiero del sistema de salud. Esto último, en atención a que la accionante ha cotizado desde el año 2005 hasta el 2008, en la medida en que ha sido factible ubicarse laboralmente, de manera que existe una fidelidad al sistema y una expectativa de permanencia que hace viable la dispersión del riesgo y su viabilidad de largo plazo.

En consecuencia, la Sala tutelaré el derecho fundamental de la accionante y ordenará a la EPS accionada que pague a su favor y de forma completa la licencia de maternidad a que tiene derecho.

8.3. Expediente T-1.713.485

Según consta en el expediente de tutela, la señora Nancy Esperanza Hernández Vargas ha estado afiliada a la EPS SaludCoop desde noviembre de 2005 hasta mayo de 2007, respecto de la cual ha realizado las cotizaciones de forma completa aunque inoportuna. El 17 de enero de 2007, la accionante dio a luz por lo que solicitó la licencia de maternidad que le fue negada por mora en los aportes.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si la EPS no exceptúa oportunamente los pagos extemporáneos, por virtud de la figura del allanamiento a la mora y en desarrollo de los principios de buena fe y de continuidad, se reputa subsanada la mora del afiliado. En el caso que nos ocupa, mientras la actora estuvo vinculada laboralmente realizó los aportes de

forma cumplida. Sin embargo, con motivo de la pérdida de su empleo se ocupó ocasionalmente en salones de belleza obteniendo ingresos variables que la hacían incurrir en mora en algunos períodos, no obstante lo cual, posteriormente actualizaba el pago de sus obligaciones sin encontrar reparo por parte de la EPS demandada.

Por lo anterior, la Corte considera que la EPS SaludCoop brindó su consentimiento tácito a los pagos tardíos y subsanó la mora de la actora, de suerte que, en atención a que éstos comprendieron todo el período de gestación de la accionante, se tutelarán sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital y se ordenará el pago completo de la licencia de maternidad.

8.4. Expediente T-1.714.386

Según se desprende del material probatorio obrante en el expediente de tutela, la accionante cotizó a Salud Total EPS por los períodos correspondientes a los meses de septiembre de 2005 a mayo de 2006 y de agosto de 2006 a enero de 2007. Dado que el servicio médico fue negado por la EPS demandada por mora en el pago de los aportes, el 24 de octubre de 2006 la accionante dio a luz en una clínica particular con cargo a recursos obtenidos mediante un crédito oneroso.

Como quiera que nada se dijo en el expediente sobre la ocurrencia de un parto prematuro, la Sala estima que la época de la concepción se ubica en las primeras semanas del mes de febrero. De esta forma, el período de gestación se extendió durante los meses de febrero a octubre de 2006, época en la que se presentó una interrupción de ocho semanas de cotizaciones correspondientes a los meses de junio y julio en los que no se realizaron los aportes pertinentes.

Así las cosas, es claro que la actora no cumplió con el requisito de correspondencia entre los períodos de gestación y de cotizaciones. En relación con los criterios establecidos en esta providencia para la inaplicación de las exigencias de ley, la Corte considera que el mínimo vital de la actora efectivamente se encuentra comprometido en atención a su calidad de madre cabeza de familia y a que sus ingresos equivalen a un salario mínimo legal mensual vigente, siendo su única fuente económica para atender sus necesidades vitales.

De otra parte, si bien no se pudo constatar la actividad económica que desarrollaba la accionante, la Sala considera que los aportes al sistema de salud se hicieron en cumplimiento del deber de cotización de todas las personas con capacidad de pago y no como consecuencia del estado de gravidez, de manera que se excluye la posibilidad de fraude.

Por lo tanto, la Sala considera necesario otorgar el amparo de los derechos fundamentales de la actora y ordenar el pago completo de la licencia de maternidad, en razón de que, según indicó la EPS la actora cuenta con 99 semanas de cotización al sistema de salud, con lo que se tiene por probada su fidelidad y expectativa de permanencia en el régimen contributivo de salud y se salvaguarda la estabilidad financiera del mismo.

8.5. Expediente T-1.714.394

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, se tiene que la señora Laudith Esther Núñez Escorcía se encuentra afiliada a la EPS SaludCoop desde abril de 2006, habiendo realizado aportes por 21 semanas de las 37 que duró el período de gestación, el cual terminó el 17 de enero de 2007 con el alumbramiento.

En seguimiento de los criterios hermenéuticos fijados en esta providencia, la Sala considera que es procedente el reconocimiento económico de la licencia de maternidad en atención a que la actora ha trabajado como empleada doméstica desde antes de la concepción, de manera que existe un trabajo personal por ella desempeñado cuyas rentas deben ser reemplazadas por la prestación aludida en desarrollo de la protección especial que merecen las madres en la época posterior al parto.

A la misma conclusión se arriba a la luz de las particularidades del caso de la accionante, dentro de las que se destaca la imposibilidad de continuar trabajando después del parto, merced al especial cuidado que requiere su hijo por haber nacido con problema de riñones aumentados, y los escasos recursos que aporta su compañero permanente para atender las necesidades vitales de los miembros de su núcleo familiar.

No obstante que la Sala tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la actora y de su menor hijo, la protección no puede materializarse en el pago completo de la licencia de maternidad, en aras de armonizar la protección especial que el Estado prodiga a las mujeres después del parto y el equilibrio financiero del sistema de salud. En efecto, si bien la accionante manifestó haber trabajado desde antes de la concepción sólo se afilió al sistema de salud con motivo de su embarazo e incluso después del parto interrumpió las cotizaciones, circunstancias que denotan la falta de fidelidad al sistema y la escasa vocación de permanencia en el mismo. Por lo anterior, la Corte ordenará el pago del 57%^[33] del monto de la licencia de maternidad que hubiera correspondido si se hubieran cumplido los requisitos legales para el efecto.

8.6. Expediente T-1.715.412

Según fue relatado por las partes en el proceso de tutela, la señora Wendy Johanna Olivera Herrera se afilió a Coomeva EPS el 1 de octubre de 2006, en calidad de cotizante

independiente, dando a luz el 27 de marzo de 2007. Con anterioridad a la concepción, la actora vivía en casa de sus padres y era estudiante universitaria. Con motivo del embarazo y después del parto, ésta convive con su compañero permanente y atiende sus necesidades vitales con el salario mínimo que este último devenga.

La Sala considera que en el presente caso no se reúnen los requisitos establecidos en esta providencia para que proceda el amparo de los derechos fundamentales de la actora. En efecto, no existe una actividad laboral que haya sido interrumpida con motivo del embarazo, lo cual se colige del hecho de que con anterioridad a la concepción la accionante era estudiante y que su afiliación al sistema de salud fue consecuencia de su estado de embarazo. Adicionalmente, no se vislumbra la afectación del mínimo vital y la vida digna de la actora y su menor hijo, en atención a que el compañero permanente responde por ellos con un salario que, no por modesto, puede ser tenido como insuficiente para atender las obligaciones comunes.

De otra parte, la Sala encuentra que con anterioridad a la concepción y con posterioridad al parto la accionante era beneficiaria de sus padres y de su compañero permanente, respectivamente, en el sistema de salud, lo que excluye una cultura de afiliación al mismo, circunstancia que afecta el desarrollo del principio de solidaridad del régimen contributivo de salud e incide negativamente en su equilibrio financiero.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará los fallos de instancia dictados en el proceso de tutela que se revisa y negará el amparo de los derechos invocados como vulnerados por la accionante.

8.7. Expediente T-1.716.973

Del expediente de tutela se desprende que la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud desde el año 2003, realizando aportes de marzo de 2003 a julio de 2006 en calidad de trabajadora dependiente y del 15 de agosto de 2006 a marzo de 2007 como trabajadora independiente. El 3 de marzo de 2007, la accionante dio a luz.

Si bien en el tránsito de trabajadora dependiente a independiente, la actora dejó de cotizar por un período de 15 días, la Sala considera que esto no obedece al capricho de la actora sino a factores objetivos que le impidieron cumplir de forma oportuna y completa con sus obligaciones parafiscales.

Ahora, conforme a los criterios de interpretación establecidos en esta sentencia, la Sala estima procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, en atención a que el pago de la prestación económica por licencia de maternidad se torna indispensable para suplir los ingresos que con motivo del alumbramiento dejaron de percibirse. Adicionalmente, la Corte considera que la falta en el pago de dicha prestación incide negativamente en el mínimo vital y la vida digna de la actora y de su menor hijo, en atención a que los ingresos cuya percepción se interrumpió constituían la única fuente económica de sostenimiento familiar, en razón de que el padre del niño no convive con ellos y colabora ocasionalmente con sus gastos esenciales.

Finalmente, resulta claro para esta Corporación que el pago de la licencia de maternidad no amenaza la estabilidad financiera del sistema de salud, en atención a que la actora ha realizado cotizaciones por un término de cuatro años y que, si bien en la actualidad no se encuentra afiliada, ello obedece a falta de capacidad de pago que, según se desprende de las particularidades del caso, no implica falta de vocación en la permanencia dentro del sistema de salud.

De esta forma, la Sala tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna

de la accionante y su menor hijo y ordenará el pago completo de la licencia de maternidad.

8.8. Expediente T-1.718.190

Según relata la accionante, con posterioridad a la negativa obtenida en los fallos de tutela que se revisan en esta providencia, promovió un nuevo proceso en el que fueron amparados sus derechos fundamentales ordenándose el pago de la licencia de maternidad, con lo que se configura un hecho superado que será declarado en la parte resolutive de esta providencia.

Si bien el reconocimiento de la licencia de maternidad tuvo lugar con motivo de una nueva acción de tutela, la Sala no cuenta con los elementos de juicio necesarios para definir si se trataba de la misma demanda o si, por el contrario, existían hechos nuevos que justificaran la promoción de un nuevo proceso de la misma naturaleza. Lo cierto es que, en lo que atañe a la Corte respecto del proceso actualmente sometido a revisión, se presenta una carencia actual de objeto por cuanto el acto presuntamente vulnerador de los derechos fundamentales de la actora fue corregido por una orden judicial, cuyo contenido material se someterá al proceso de eventual revisión por parte de esta Corporación en el que, si es del caso, se harán las precisiones correspondientes.

8.9. Expediente T-1.721.231

De acuerdo con los hechos relatados en el expediente de tutela se tiene que, con anterioridad al estado de embarazo, la actora no desempeñaba ninguna actividad laboral y dependía económicamente de su padre. Una vez enterada de su gravidez, se afilió el 14 de agosto de 2006 a Famisanar EPS y comenzó a trabajar como recicladora y empleada doméstica. El 9 de marzo de 2007 dio a luz, tras un período de gestación de 37 semanas y

habiendo aportado al sistema de salud por un término de 34 semanas.

La Sala considera que no es procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante por cuanto, de una parte, no se vislumbra afectación de su mínimo vital, habida cuenta que ésta cuenta con el apoyo económico de su compañero permanente, quien devenga \$970.000 mensuales, y que, de otra, no se encuentra acreditada la preexistencia de una actividad laboral cuyas rentas, suspendidas por el parto, deban ser reemplazadas con la prestación solicitada. En efecto, la actora con anterioridad a la concepción dependía económicamente de su padre y sólo con motivo del embarazo se afilió al sistema de salud.

Con base en lo anterior, la Sala confirmará las decisiones de instancia y, en consecuencia, negará el amparo de los derechos invocados como vulnerados por la accionante.

8.10. Expediente T-1.725.875

Según se desprende de las pruebas que reposan en el expediente de tutela, la señora Yanira Elizabeth Samaca Estupiñán labora desde el 15 de enero de 2003 en el Almacén Tracto Camiones, mediante contratos de trabajo sucesivos a término fijo entre los períodos del 15 de enero y el 16 de diciembre de todos los años, percibiendo un salario mínimo mensual. Durante toda esta época, la actora ha estado afiliada a Coomeva EPS. El 26 de septiembre de 2006, la accionante dio a luz por lo que solicitó la licencia de maternidad que le fue negada por la EPS accionada.

La Sala considera que se encuentran reunidos los elementos para conceder el amparo solicitado y ordenar el pago de la licencia de maternidad. En efecto, resulta claro que la actora labora desde el año 2003, devengando un salario mínimo, por lo que la interrupción

en su percepción derivada del alumbramiento afecta su mínimo vital. Vistos así, la preexistencia de una actividad laboral cuya continuidad haya sido truncada por el parto y la necesidad en el reconocimiento de la licencia de maternidad para garantizar el mínimo vital y la vida digna de la accionante y de su menor hijo, la Corte ordenará el pago de la licencia de maternidad.

La orden que se emitirá respecto del pago de la prestación referida será en el sentido de que ésta se satisfaga de forma completa en atención a que, según señala el empleador de la actora los aportes se hicieron sin solución de continuidad. Ahora bien, esta afirmación contrasta con el hecho de que los contratos de trabajo suscritos con la accionante eran por término fijo comprendido entre el 15 de enero y el 16 de diciembre de todos los años, de lo que aparece un interregno periódico en el que no se realizaban los aportes.

Escapa del resorte de competencia de la Corte Constitucional determinar si las cotizaciones se realizaron ininterrumpidamente como afirma el empleador o si hubo interrupción en el pago de los aportes como afirma la EPS y como se desprendería de la modalidad contractual. Lo cierto es que, en cualquiera de los dos escenarios, procede el reconocimiento completo de la licencia de maternidad a favor de la actora, por cuanto el término de interrupción en los aportes, si existió, resulta insignificante frente a la extensión de la vinculación de la actora en el sistema de salud, de manera que no se amenaza el equilibrio financiero del mismo.

Por lo tanto, la Corte tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la accionante y ordenará el pago completo de la licencia de maternidad.

8.11. Expediente T-1.727.024

De acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente, se tiene que la accionante dio a luz el 12 de abril de 2007 por lo que solicitó la licencia de maternidad que le fue negada por interrupción en las cotizaciones en el período de gestación. Adicionalmente se desprende que la actora estuvo afiliada como cotizante independiente de enero de 2005 a mayo de 2006, como beneficiaria de su esposo de mayo a noviembre de 2006 y nuevamente como cotizante independiente de noviembre de 2006 a la fecha de interposición de la tutela.

Conforme a lo anterior, la Sala considera que no es procedente otorgar el amparo de los derechos amenazados como vulnerados por la actora por cuanto ésta comunicó a esta Corporación que la falta en el reconocimiento de la licencia de maternidad en ningún momento afectó su mínimo vital ni el de su menor hijo, aserto que se corrobora con el hecho de que su esposo ha atendido sus necesidades vitales con cargo al salario que devenga por cuantía de dos millones de pesos. Aunado a lo anterior, se tiene que la accionante, durante su gestación, estuvo vinculada a la EPS accionada en calidad de beneficiaria de su esposo, circunstancia que excluye el reconocimiento de la prestación solicitada porque además de impedir la reunión de los requisitos legales, da cuenta de la protección especial que su familia le ha brindado en la época de la maternidad, por lo que no resulta prioritaria la destinación de recursos públicos para la satisfacción de una prestación que al no comprometer derechos fundamentales, queda, en el caso de la actora, en el plano de los derechos de orden legal.

8.12. Expediente T-1.727.238

De acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente, se tiene que la señora Jenny Carolina Arboleda Sánchez, al conocer su estado de gravidez, se afilió al Servicio Occidental de Salud EPS desde el 26 de septiembre de 2006, hasta el 27 de mayo de 2007, fecha en que tuvo lugar el parto.

La Corte considera que, en el caso concreto, no se reúnen los requisitos para proceder al amparo de los derechos invocados por la actora y ordenar el pago de la licencia de maternidad. En efecto, nada dice la actora en el escrito de tutela sobre la afectación del mínimo vital y tampoco se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por esta Corporación, de manera que no es posible afirmar que la falta en el pago de esta prestación incide negativamente en su vida digna y la de su menor hijo. En el mismo sentido, la Sala advierte la ausencia de información sobre las actividades laborales desempeñadas por la actora, no obstante la actividad judicial desplegada para procurar el recaudo de pruebas necesarias para mejor proveer.

De esta forma, no se desprende de la acción de tutela que el pago de la licencia de maternidad vaya a reemplazar algún ingreso que percibía la accionante, y tampoco se prueba, siquiera sumariamente, la afectación del mínimo vital, por lo que la Corte confirmará el fallo de tutela de instancia y negará el amparo de los derechos alegados por la actora como vulnerados.

8.13. Expediente T-1.958.305

Según se desprende del expediente de tutela, la señora Nubia Alcira Moreno Roa ha estado afiliada a la EPS Famisanar desde hace aproximadamente diez años. Estando laborando para la empresa Herramientas y Seguridad, en el mes de julio de 2007, quedó embarazada. Posteriormente, el 11 de septiembre del mismo año, cambió de empleador y, finalmente, el 6 de abril de 2008 dio a luz.

Al solicitar la licencia de maternidad, le fue negada por cuanto había dejado de cotizar en el período comprendido entre el 11 de septiembre y el 11 de octubre de 2007; sin embargo la actora aduce que la afiliación con el nuevo empleador se realizó hasta esa fecha bajo el entendido de que el período anterior era cubierto por las cotizaciones realizadas por el anterior patrono.

La Sala considera que, en el caso particular de la actora es procedente el reconocimiento completo de la licencia de maternidad, por cuanto su mínimo vital y vida digna se comprometen con la falta de pago de dicha prestación, existe una relación laboral que se vio interrumpida con motivo del parto, y la extensión en el tiempo de la cotización de la actora garantiza la fidelidad al sistema, la ausencia de fraude y la viabilidad financiera del sistema de salud.

En efecto, la actora manifiesta que con sus ingresos atendía a las necesidades vitales propias y de sus tres hijos menores de edad, de manera que la interrupción en su percepción amenaza el mínimo vital de los miembros de su núcleo familiar. En relación con la cotización ininterrumpida al sistema de salud, se presenta una controversia que escapa del resorte de competencia de esta Corporación, no obstante lo cual, indistintamente de si los aportes cubrieron o no todo el período de gestación, debe reconocerse en su totalidad la licencia de maternidad con el fin de hacer efectiva la protección especial que el Estado proporciona a la mujer después del parto, sin que una decisión en tal sentido afecte la viabilidad económica del sistema en atención a que la actora ha realizado aportes por el término de diez años.

En consecuencia, la Sala tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la accionante y su menor hijo, y en consecuencia ordenará el pago completo de la licencia de maternidad.

8.14. Expediente T-1.960.880

De las pruebas presentes en el expediente de tutela, se desprende que la actora cotizó como trabajadora dependiente a SaludCoop EPS desde el 1 de febrero de 2004 hasta el 28 de marzo de 2007, fecha en la que fue desvinculada laboralmente e inició actividades

económicas independientes, por lo que se afilió a partir del mes de mayo del mismo año. El 14 de diciembre de 2008 la accionante dio a luz, por lo que solicitó la licencia de maternidad correspondiente, que fue negada por interrupción en las cotizaciones.

La Sala considera que es procedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, en atención a que su mínimo vital y el de su núcleo familiar compuesto por su esposo y dos hijos menores, se encuentra comprometido, habida cuenta que los ingresos que percibía eran los únicos con los que contaba para atender las necesidades de su hogar, en atención a que su esposo se encuentra desempleado.

Adicionalmente, la Sala encuentra debidamente acreditado que la prestación económica por licencia de maternidad, en el caso concreto de la actora, reemplazaría los ingresos que con motivo del alumbramiento se dejaron de percibir.

Verificados estos dos supuestos, esto es, la afectación del mínimo vital y la preexistencia de una actividad económica interrumpida por el parto, la Corte amparará los derechos fundamentales de la actora y ordenará el pago de la licencia de maternidad que, en el caso concreto, deberá ser de forma completa como quiera que dicha solución materializa la protección especial que el Estado debe a la madre después del parto, sin afectar el equilibrio financiero del sistema de salud, por cuanto las cotizaciones de la actora se han realizado desde el año 2004, de manera que la presunta interrupción que tuvo lugar por el lapso de un mes no tiene la incidencia de afectar la viabilidad económica del sistema ni de promover la cultura de no afiliación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante Auto de fecha trece (13) de febrero de 2008.

SEGUNDO: REVOCAR las sentencias proferidas dentro de los expedientes de tutela de referencia T-1.713.389, T-1.713.408, T-1.713.485, T-1.714.386, T-1.714.394, T-1.716.973, T-1.725.875, T-1.958.305 y T-1.960.880 y, en su lugar, TUTELAR los derechos al mínimo vital y a la vida digna de las accionantes dentro de los procesos referidos.

TERCERO: ORDENAR a las Empresas Promotoras de Salud demandadas en los procesos de tutela de referencia T-1.713.408, T-1.713.485, T-1.714.386, T-1.716.973, T-1.725.875, T-1.958.305 y T-1.960.880 que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozcan y paguen a favor de las accionantes dentro de los procesos referidos el ciento por ciento de la prestación económica por licencia de maternidad.

CUARTO: ORDENAR a la EPS Coomeva que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la accionante dentro del proceso de tutela de referencia T-1.713.389, señora Ibeth Mirey Morales Vega, la prestación económica por licencia de maternidad en cuantía del 95% del ingreso base de liquidación.

QUINTO: ORDENAR a la EPS SaludCoop que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a favor de la accionante dentro del proceso de tutela de referencia T-1.714.394, señora Laudith Esther Núñez Escorcía, la prestación económica por licencia de maternidad en cuantía del 57% del ingreso base de liquidación.

SEXTO: CONFIRMAR los fallos de tutela proferidos dentro de los expedientes de tutela de referencia T-1.715.412, T-1.721.231, T-1.727.024 y T-1.727.238.

SÉPTIMO: REVOCAR la sentencia dictada en el expediente de tutela de referencia T-1.718.190 y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por existir un hecho superado.

OCTAVO: FACULTAR a las EPS demandadas y compelidas por esta providencia a la satisfacción de los derechos fundamentales de las accionantes, mediante el pago de la prestación económica por licencia de maternidad a obtener el recobro de las sumas efectivamente pagadas a través de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía.

NOVENO: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de licencia de maternidad sin reconocimiento económico expedido por Coomeva EPS (folio 6); (ii) Certificado de nacido vivo (folio 7); (iii) Formulario único de afiliación e inscripción al régimen contributivo de salud, a través de Coomeva EPS, del 13 de febrero de 2006 (folio 11); (iv) Formulario de autoliquidación de aportes a Coomeva EPS de febrero a octubre de 2006 (folios 15 - 23); y (v) Comunicación dirigida por Coomeva EPS a Coopcrecer Caribe en la que indica las razones por las que niega la prestación económica por maternidad (folio 24).

[2] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Formulario único de afiliación e inscripción a la EPS Comfenalco, del 22 de marzo de 2006 (folio 18); (ii) Formularios de autoliquidación de aportes a Comfenalco EPS de marzo a noviembre de 2006 y de enero a febrero de 2007 (folios 19 - 29); y (iii) Respuesta de Comfenalco EPS al derecho de petición elevado por la accionante en el que se niega la solicitud relativa al reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad (folios 42 - 44).

[3] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de nacido vivo del hijo de la accionante (folio 7); (ii) Liquidación de prestaciones económicas de SaludCoop EPS en la que se niega el pago de la licencia de maternidad por mora en los aportes (folio 9); y (iii) Planilla de Fecha de realización de aportes al sistema de salud (folio 24).

[4] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Formularios de autoliquidación de aportes a Salud Total EPS correspondiente a los meses de septiembre de 2005 a mayo de 2006 y de agosto de 2006 a enero de 2007 en los que consta que los períodos de septiembre de 2005 a febrero de 2006 fueron cancelados el 23 de octubre de 2006, el de marzo de 2006 fue pagado en abril del mismo año, los de agosto y septiembre de 2006 fueron realizados en octubre del mismo año y el de diciembre de 2006 fue cancelado en enero de 2007 (folios 6 - 20); (ii) Formulario único de afiliación (folio 21); y (iii) Factura de

la cirugía ambulatoria de cesárea practicada a la actora en la Clínica la Inmaculada (folio 23).

[5] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de nacido vivo (folio 7); (ii) Formato de liquidación de prestaciones económicas de SaludCoop EPS en el que se niega el reconocimiento de la licencia de maternidad (folio 9); y (iii) Formularios de autoliquidación de aportes correspondientes a los períodos de marzo, mayo a julio, septiembre y diciembre de 2006 (folios 17 a 22).

[6] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de nacido vivo (folio 9); (ii) Respuesta de Coomeva EPS frente a la petición de licencia de maternidad (folio 10); y (iii) Certificado de Incapacidad o licencia en el que se aclara que el afiliado no cotizó ininterrumpidamente durante todo el período de gestación y que realizó pagos extemporáneos.

[7] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Registro civil de nacimiento del menor (folio 7); (ii) Liquidación de prestaciones económicas realizada por SaludCoop en la que se niega la licencia de maternidad por no tener la cotización por el período de gestación (folio 8); y (iii) Formularios de Autoliquidación de aportes de los meses agosto de 2006 a marzo de 2007.

[8] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de registro civil de nacimiento del hijo de la accionante (folio 5); (ii) Certificado de SolSalud sobre los registros de la accionante en el régimen contributivo de salud en los que consta que cotizó del 26 de enero de 2005 al 28 de enero de 2006 y del 4 de abril al 30 de junio de 2006 (folio 7); y (iii) Formularios de autoliquidación de aportes de diciembre de 2005 a febrero de 2006, abril a mayo de 2006 y agosto a octubre de 2006 (folios 21 - 28).

[9] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Formato de Negación de incapacidades (folio 11); (ii) Epicrisis de la actora (folios 13 a 20); y (iii) Certificado de nacido vivo en el que consta que el período de gestación fue de 37 semanas (folio 21).

[10] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Formulario de Afiliación al Régimen Contributivo de Salud con fecha del 18 de enero de 2006 (folio 7); (ii) Solicitud elevada por el empleador de la actora, "Almacén Tracto Camiones", en el que da cuenta de la continuidad de las cotizaciones realizadas en los diferentes contratos de trabajo de la

actora así: Del 22/08/2003 al 15/01/2004, del 17/01/2004 al 15/01/2005, del 16/01/2005 al 14/01/2006 y del 01/01/2006 hasta la fecha (folio 8); (iii) Repuesta de Coomeva EPS a la solicitud presentada por el empleador de la actora en la que señala que de acuerdo al sistema, la demandante tuvo una interrupción entre los 2 últimos contratos con la empresa, por lo que en enero sólo se cotizaron 14 días (folio 10); (iv) Formularios de autoliquidación de aportes de enero a diciembre de 2006 (folios 13 a 24); (v) Declaración rendida por la accionante en la que manifiesta que el contrato de trabajo va hasta el 31 de diciembre y se renueva a partir del 15 de enero por lo que quedan 15 días sin cotizar; además señala que su esposo trabaja y devenga el salario mínimo (folio 31).

[11] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Certificado de nacido vivo (folio 10); y (ii) Registro civil de nacimiento del hijo de la accionante (folio 11).

[12] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) Formulario de Afiliación a la EPS Servicio Occidental de Salud del 26 de septiembre de 2006(folio 9); (ii) Formularios de Autoliquidación de aportes de octubre de 2006 a mayo de 2007 (folios 10 - 25); y (iii) Certificado de nacido vivo.

[13] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) certificado de nacido vivo (folio 5); formato de novedades en la que se reporta el cambio de empleador (folio 6); copia del envío de autoliquidación de aportes de la empresa Herramientas y Seguridad S.A. por los meses de agosto a octubre de 2007 (folios 7-12); copias de los formularios de autoliquidación de aportes de la empresa Disfer y Cía Ltda. por los meses de noviembre de 2007 a abril de 2008 (folios 13-18).

[14] En el expediente de tutela reposan las siguientes pruebas: (i) registro civil de nacimiento (folio 8); (ii) formulario de afiliación a SaludCoop del 2 de enero de 2004 (folio 10); y (iii) copia de los formularios de autoliquidación de aportes de los períodos comprendidos entre enero y marzo de 2007 y mayo y diciembre de 2007. (folios 11-17).

[15] Ver, entre otras, sentencias T-075 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-157 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-473 de 2001, Eduardo Montealegre Lynett; T-572 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[16] Corte Constitucional, Sentencia T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[17] Respecto de esta materia, ver entre otras: Corte Constitucional, Sentencias T-175 de 1999 M.P. , T-210 de 1999 M.P. , T-362 de 1999, T-496 de 1999, T-497 de 2002 y T-664 de 2002

[18] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[19] Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[21] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[22] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[23] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-615 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[24] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[26] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[27] En este sentido se dictaron las providencias T-389 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-549 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-122 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-144 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[28] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[29] Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[30] Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[31] Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[32] El porcentaje reconocido se obtiene de la razón $36/38$ correspondiente al número de semanas cotizadas sobre el número de semanas de gestación.

[33] El porcentaje se deriva de la razón entre las semanas cotizadas y las de gestación

(21/37).