COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/368/15

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/368/15
Expediente	—
Fecha	2015-06-18
Sala	Sala Séptima
Magistrado ponente	Marco Gerardo Monroy Cabra
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Carencia Actual De Objeto Por Hecho Superado
- Accion De Tutela Para El Pago De Licencia De Maternidad

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la

Texto completo

T-368-15 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-368/15 CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO- Se realizó el pago de licencia de maternidad ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD- Requisitos de procedencia LICENCIA DE MATERNIDAD- Requisitos para el reconocimiento y pago Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación, respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con las circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, atendiendo su circunstancia específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.

Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan 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. En lo referente al anterior requisito, la Corte Constitucional ha establecido, que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Procedencia excepcional de tutela para reclamar el reconocimiento y pago cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación LICENCIA DE MATERNIDAD- Reglas jurisprudenciales en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación LICENCIA DE MATERNIDAD- En los casos en los cuales no se haya cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, no es excusa para no cancelar licencia, ésta debe pagarse según sea el caso, de manera proporcional al tiempo cotizado Referencia: Expediente T-4.818.904 Acción de Tutela instaurada por Katy Lucía Támara Pacheco contra Salud Total E.P.S.

Tema: i) el fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado; ii) los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación y, iii) reglas aplicables al pago completo y proporcional de la licencia de maternidad.

Problema jurídico: Procede la Corte a decidir si Salud Total E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante ante la negativa del pago de la licencia de maternidad debido a la falta de cotización durante el período de gestación.

Derechos fundamentales invocados: Salud, igualdad, mínimo vital y seguridad social. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015) La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional , conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Myriam Ávila Roldán y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA En el proceso de revisión de la sentencia dictada el veinticuatro (24) de diciembre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre, que declaró improcedente la acción de tutela incoada por Katy Lucía Támara Pacheco contra Salud Total E.P.S.

1. ANTECEDENTES De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente. 1.1. SOLICITUD La señora Katy Lucía Támara Pacheco actuando en nombre propio y de su hijo recién nacido Julián David Támara Pacheco solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la salud, igualdad, mínimo vital y seguridad social, vulnerados por la EPS Salud Total ante la negativa de la entidad accionada de cancelar la licencia de maternidad a la que tiene derecho por el nacimiento de su hijo, debido a que no cotizó ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. En consecuencia, pide se ordene a Salud Total E.P.S realizar el respectivo reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho, según los hechos que a continuación se resumen:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO 1.2.1. Señala la accionante que se encuentra afiliada a la E.P.S Salud Total como cotizante, desde el año 2013, en forma continua e ininterrumpida.

1.2.2. Añade que Salud Total E.P.S. mediante certificado de incapacidad del ocho (08) de agosto de dos mil catorce (2014), le reconoció licencia de maternidad desde el treinta (30) de julio de dos mil catorce (2014), fecha en la que nació su hijo, hasta el cuatro (04) de noviembre de la misma anualidad, por un total de noventa y ocho (98) días.

1.2.3. Sin embargo, manifiesta que el día ocho (08) de agosto de dos mil catorce (2014), la E.P.S accionada le negó el pago de la licencia de maternidad, argumentando que no había cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación.

1.2.4. Sostiene que el día veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), debido a los hechos anteriores presentó derecho de petición ante la E.P.S Salud Total, solicitando nuevamente el reconocimiento económico de la licencia de maternidad.

1.2.5. Expresa que el día trece (13) de septiembre de dos mil catorce (2014), la entidad emitió respuesta al derecho de petición, justificando su negativa de pagar la licencia de maternidad, en el incumplimiento basándose en el Decreto 806 de 1998 y el Decreto 047 de 2000, mediante los cuales se exige la cotización por un período igual al de gestación. Situación que no se presentó en el caso de la actora pues la cotización fue por 21.4 semanas, por tanto el tiempo de gestación (38 semanas) fue superior al número de semanas cotizadas.

1.2.6. Con base en lo anterior, la accionante interpone acción de tutela, con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, en consideración a su calidad de madre cabeza de hogar y teniendo en cuenta que carece de otras fuentes de ingreso.

1.2.7. En consecuencia, solicita se ordene a Salud Total E.P.S. realizar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho por el nacimiento de su hijo Julián David Támara Pacheco.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre , mediante auto del nueve (09) de diciembre de dos mil catorce (2014), admitió la acción de tutela y ofició a la entidad tutelada, para que en un término de dos (2) días contados desde la notificación del auto, presentara al despacho informe acerca de los hechos en los que se basa la acción de tutela.

1.3.1. Salud Total E.P.S. se pronunció por fuera del término concedido por el Juzgado, sobre el asunto. Al respecto manifestó lo siguiente: 1.3.1.1.

En primer lugar, señaló que existe falta de legitimación por pasiva de Salud Total E.P.S. debido a que debe ser el empleador quien efectúe el pago de incapacidades, y posteriormente, éste es quien debe realizar el recobro ante la E.P.S.

La afirmación anterior se apoya en la Circular Externa No. 011 de 1995, Artículo 1.3, la cual dispone que “El pago lo hará directamente el empleador al afiliado cotizante dependiente, con la misma periodicidad de su nómina, los valores así reconocidos se descontarán en las liquidaciones del pago de cotizaciones a la E.P.S. donde esté afiliado el cotizante”.

1.3.1.2. Asimismo, adujo que el Decreto 806 de 1998, artículo 80 concerniente al pago de incapacidades y licencias, y el Decreto 047 de 2000, artículo 3º, numeral 2, referente a la licencia por maternidad, disponen que entre la E.P.S y el empleador se realiza el proceso de compensación señalado en la Ley, mediante el descuento que realiza la empresa del dinero de la licencia en los pagos mensuales que se hacen a la E.P.S.

1.3.1.3. Aunado a lo anterior, manifestó que existe otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para resolver el caso sub examine , el cual se refiere al mecanismo que la Ley 1438 de 2011 artículo 126, literal g) prevé ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que ésta conozca y decida las controversias que se susciten con ocasión del

reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la E.P.S o del empleador. Como consecuencia de lo anterior, precisó la accionada, que es la Superintendencia Nacional de Salud la llamada a conocer y resolver el caso bajo estudio, y no el juez de tutela.

1.3.1.4. Además, afirmó que la actora no cuenta con los pagos continuos requeridos para acceder a la prestación económica de la licencia de maternidad. Al respecto precisó:

“teniendo en cuenta que el usuario requiere 9 pagos continuos por 30 días y el usuario sólo tiene cotizados en el sistema 7 pagos por 30 días, (…) SALUD TOTAL EPS no reconoce la licencia de maternidad al EMPLEADOR FUNDACIÓN PROTEGER, pues se incumple uno de los requisitos establecidos para ello, como es el cotizar ININTERRUMPIDAMENTE Y COMPLETO todo el período de gestación, establecido en el artículo 3 del decreto 047 de 2000 y la circular 062 de 2011 ” (subrayado fuera del texto) Derivado de lo anterior, concluyó que en el presente caso la licencia de maternidad debe ser asumida por el empleador de la señora Katy Lucía Támara Pacheco al momento del parto, sin posibilidad de efectuar el recobro a la E.P.S. Por esto, solicita se conforme un litisconsorcio necesario y se vincule al Ministerio de Salud y Protección Social y al empleador Fundación Proteger Nit. 900.242.855-3.

1.3.5. Por último, adujo que en este caso no existen derechos fundamentales que tutelar, ya que la pretensión de la actora va encaminada al reconocimiento y pago de una prestación económica y no la protección de un derecho fundamental, por lo que resulta improcedente la presente acción de tutela.

1.4. DECISIÓN JUDICIAL 1.4.1. Sentencia única de instancia – Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre.

En sentencia proferida el veinticuatro (24) de diciembre de dos mil catorce (2014), el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la tutelante.

La anterior decisión, bajo el argumento de que como la pretensión planteada por la actora es de índole económica, su reclamo mediante la acción de tutela deviene improcedente, por contrariar su naturaleza y no cumplir los presupuestos de procedibilidad planteados por la Corte Constitucional para la concesión de dicho amparo. Por tanto, el Despacho señaló la posibilidad que tiene la actora de activar un mecanismo jurisdiccional ordinario, idóneo y eficaz, previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que otorga competencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

El juez de instancia además manifestó que en caso de presentarse un perjuicio irremediable, procedería por esta vía la acción de tutela como mecanismo transitorio y por ende, la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora. Sin embargo, aduce que la accionante no alega la afectación del derecho al mínimo vital, y que en caso de presentarse una vulneración al mismo, es necesario allegar al proceso prueba siquiera sumaria de ésta situación, tal como lo establece la jurisprudencia constitucional, lo cual no sucede en el caso bajo estudio.

1.5. PRUEBAS DOCUMENTALES En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas: 1.5.1. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la Señora Katy Lucía Támara (Folio 6, cuaderno No. 1) 1.5.2.

Copia del certificado de incapacidad general generado por la IPS Clínica Santa María de Sincelejo de fecha ocho (08) de agosto de dos mil catorce (2014), donde consta la licencia de maternidad de la tutelante (Folio 7, cuaderno No. 1) 1.5.3.

Copia del oficio de fecha once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014) dirigido a Salud Total E.P.S, suscrito por el Señor José Herrera Jiménez, representante legal de la Fundación Proteger, mediante el cual solicita se realice la liquidación de licencia de maternidad a la Señora Katy Lucía Támara (Folio 8, cuaderno No. 1) 1.5.4.

Copia de la respuesta al derecho de petición, de fecha trece (13) de septiembre de dos mil catorce (2014), por parte de Salud Total E.P.S a la Señora Katy Lucía Támara, por el medio del cual se le niega el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (Folios 9-11, cuaderno No. 1) 1.5.5.

Copia de la historia clínica de la Señora Katy Lucía Támara (Folios 12-14, cuaderno No. 1) 1.5.6. Copia de los certificados de pago de ASOPAGOS S.A. realizados por la Fundación Proteger a los aportes de seguridad social (Folios 15-27, cuaderno No. 1) 1.5.7.

Copia del certificado de existencia y representación legal de Salud Total E.P.S de la Cámara de Comercio de Sincelejo (Folios 50-55, cuaderno No. 1) 2.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 2.1. COMPETENCIA La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO En el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si Salud Total E.P.S vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Katy Lucía Támara y de su hijo recién nacido Julián David Támara Pacheco al negarse a realizar el respectivo reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la cual tiene derecho por el nacimiento de su hijo, aduciendo que no cotizó ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación.

Teniendo en cuenta que mediante comunicación telefónica realizada el 02 de junio de 2014 con la accionante, Katy Lucia Tamara Pacheco, quien informó:

(i) que en el mes de febrero de dos mil quince (2015) le había sido cancelada la licencia de maternidad, (ii) que su hijo había nacido el 30 de julio del año dos mil catorce (2014) y, (iii) que la licencia ya había terminado y ella se encontraba nuevamente reincorporada a sus labores, el asunto en esta caso versará sobre la configuración de la carencia de objeto por hecho superado.

[1] Para resolver el interrogante jurídico planteado, la Sala reiterará y armonizará su jurisprudencia sobre: i) el fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado; ii) los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando se cotiza un período inferior al de gestación o cuando se efectúan cotizaciones extemporáneas; iii) las reglas aplicables para proceder al pago completo y proporcional de la licencia de maternidad; y iv) el caso en concreto.

Dado que el problema jurídico que plantea la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia. Por tal razón, el presente fallo será motivado brevemente.

[2] 2.3. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO La acción de tutela fue concebida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas ante la vulneración o amenaza de los mismos.

Pero, si durante el trámite de la misma los motivos que generan esa vulneración o amenaza, cesan o desaparecen por cualquier causa, la tutela pierde su razón de ser ya que no existe ningún objeto jurídico sobre el cual pronunciarse.

Cuando se presenta esta situación, estamos ante el fenómeno de la carencia actual de objeto, el cual a su vez, se concreta a través de dos eventos: el hecho superado y el daño consumado.

Al respecto, la Corte ha entendido que el hecho superado se presenta cuando “en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado” [3] Igualmente, la Sentencia T-096 de 2006 [4] , expuso lo siguiente:

“(C)uando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.” Frente a estas circunstancias la Corte ha entendido que:

“el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela” [5] .

El daño consumado está consagrado en el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, una de las causales de improcedencia de la acción de tutela se configura cuando “sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado” . Con base en este precepto legal, se tiene que una consecuencia necesaria de la ocurrencia del daño consumado es la improcedencia de la acción de tutela. Cabe ahora citar textualmente lo que en varias oportunidades ha expresado esta Corporación:

En la Sentencia T-449 de 2008 [6] , acerca del concepto de daño consumado, se expuso que: “… hay una carencia actual de objeto por la presencia de un daño consumado cuando, al igual que en la hipótesis anterior, se constata que las condiciones de hecho que generan la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales del accionante cesan, desaparecen o se superan pero, sin existir una reparación del derecho.” Por otro lado, la Sentencia T-612 de 2009 [7] , indicó:

“Ahora bien, la carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.” De otro lado, se habla de daño consumado cuando efectivamente la amenaza al derecho fundamental se materializa, aún estando en trámite la solicitud de amparo, generando consecuencias negativas sobre los derechos del solicitante, situación que precisamente se buscaba evitar con el mecanismo de protección constitucional. Al ser una situación que de hecho recae sobre la persona, haciéndola irreversible, un pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela con el objetivo de proteger el derecho sería inocuo, en tanto, ya se ha generado un daño, que si bien puede ser reparado, el objetivo principal era evitarlo.

Debe tenerse en cuenta que las premisas que sustentan el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto y sus dos posibles consecuencias, hecho superado y daño consumado , si bien son producto de un mismo supuesto “ carencia de objeto ”, presentan características disímiles que las hacen incomparables. Por un lado, el hecho superado se presenta cuando cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo, es decir, en el curso del proceso de tutela las situaciones de hecho generadoras de la vulneración o presunta vulneración desaparecen o se solucionan;

por el otro, en el daño consumado, la amenaza de vulneración se perfecciona, configurándose un perjuicio para el actor. Tanto el hecho superado como el daño consumado se deben presentar durante el trámite de la acción de tutela.

2.3.1. El fallo judicial en sede de revisión frente al hecho superado y el daño consumado . La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer la diferencia entre hecho superado y daño consumado, valorando principalmente si tendría sentido emitir un pronunciamiento de fondo, en tanto se ha presentado una circunstancia de hecho concomitante al trámite de tutela, como lo es por ejemplo, la muerte del accionante [8] o la garantía efectiva del derecho fundamental por parte del accionado, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Al abordar el tema de la carencia actual, la Corte ha sostenido que la tutela debe declararse improcedente, por cuanto cualquier orden que se pudiera pronunciar sería ineficaz para la defensa y protección de los derechos fundamentales de

quien los invoca, finalidad última del recurso de amparo.

No obstante, en virtud del papel de la Corte Constitucional como intérprete del alcance de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, cuando se presenta un hecho superado, la función de las Salas de Revisión debe ir más allá de declarar la improcedencia de la acción de tutela, por lo que les es imperativo "que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado [9] , lo que autoriza a declarar en la parte resolutiva de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991." [10] Bajo el mismo presupuesto anteriormente señalado, frente al daño consumado, la Corte expresó:

"En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño" [11] De acuerdo con lo anterior, la ocurrencia de un daño consumado por carencia actual de objeto no necesariamente debe conducir al juez constitucional a declarar improcedente la acción de tutela.

Por el contrario, debe evaluar de fondo las alternativas que pueden llevar a solucionar la continuidad del daño o detenerlo, o en caso de ser materialmente imposible, tomar las medidas necesarias tendientes a que se investigue y determine la responsabilidad de los autores del mismo, de acuerdo con las características particulares de cada situación. Más aún si se trata de un Tribunal Constitucional, cuyas facultades exceden a las de un juez ordinario con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

2.4. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD. COTIZACIÓN INFERIOR AL PERIODO DE GESTACIÓN.

En los artículos 43 [12] , 44 y 50 [13] , la Constitución señala que es al Estado a quien le corresponde asistir, brindar protección y entregar un subsidio alimentario a la mujer en caso de encontrarse desempleada o desamparada, brindándole una protección especial a la mujer cabeza de familia en el marco de una igualdad real y efectiva con el fin de que aquellas no sean discriminadas o marginadas por su situación económica, física o mental.

Adicionalmente, conforme a lo establecido en e l artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que " el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia ." [14] Los requisitos fijados en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para que la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer en estado de embarazo o haya dado a luz a su hijo, esté obligada a pagarle la licencia de maternidad, son los siguientes:

(i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación [15] , respecto de este requisito esta Corte ha señalado que el incumplimiento del mismo no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con las circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, atendiendo su circunstancia

específica, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.

[16] Y, (ii) que su empleador o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes hayan 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 [17] .

En lo referente al anterior requisito, la Corte Constitucional ha establecido, [18] que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad.

[19] Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aún cuando se constate que la accionante ha cumplido con los presupuestos legales para que la entidad de salud demandada le pague la licencia de maternidad, es preciso comprobar que existe una vulneración de los derechos fundamentales del mínimo vital [20] tanto de la madre como de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia, que habilita el reconocimiento de dicha prestación a través de la acción de tutela.

Por lo anterior, esta Corporación en varias oportunidades ha inaplicado la citada disposición legal y ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pese de que la persona no haya cotizado a la E.P.S. durante todo el periodo de gestación [21] . Al respecto ha señalado:

En sentencia T-206 de 2007 [22] esta Corporación sostuvo que “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa” [23] .

Posteriormente en Sentencia T-475 de 2009 [24] recogió las reglas acerca de la procedibilidad del amparo de tutela para el pago de la licencia en el evento en que la madre no efectuó las respectivas cotizaciones dentro del periodo de gestación y el pago completo o proporcional de la referida prestación. En aquella oportunidad afirmó:

(i) En relación a la disposición normativa que impone a la madre la obligación de haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (…). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido” [25] .

(ii) El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó” [26] .

(iii) Con base en el principio pro homine se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas” [27] .

Siguiendo con el mismo lineamiento, recientemente en Sentencia T-049 de 2011 [28] , esta Corporación reiteró la protección a la madre en estado de gravidez y del niño recién nacido. En este sentido indicó:

“La Corte Constitucional ha señalado que la regla aplicable a casos en que se niegue la licencia de maternidad con el argumento de no cumplir con el período mínimo de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, es la siguiente: una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental a la salud y a la vida de una mujer, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad porque no cumple con el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación, y así poder obtener el derecho al pago de la aducida licencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad. Así, esta Corte estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional.

De lo anterior se derivan dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: “cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”.

Además, la jurisprudencia ha establecido las siguientes condiciones: (i) el término de interposición de la acción, no puede superar un año después del nacimiento del hijo, (ii) la responsabilidad por la ausencia de pagos durante todo el período de gestación debe ser imputable al empleador y (iii) se presume la afectación al mínimo vital de la mujer, en caso que la EPS no la desvirtúe” En síntesis, la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad.

2.5. EL PAGO COMPLETO Y EL PAGO PROPORCIONAL DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD Los artículos 8, 63, 70 y 80 del Decreto 806 de 1998 [29] , han dispuesto que para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se deben tener en cuenta, los siguientes requisitos:

“ (i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de maternidad; (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación; (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica [30] ”.

De la misma forma, el Decreto 1804 de 1999 [31] , señala los siguientes requisitos: “(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 21 [32]); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 21 [33]); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 21 [34])” [35] .

Igualmente, el artículo 3 del Decreto 47 de 2000 [36] , establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, a saber:

“… Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(…) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión (…)”.

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación [37] .

Posteriormente esta misma Corporación, modificó tal y como se mencionó en el capítulo precedente, su jurisprudencia teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que “ la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital” [38] .

De esta manera, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y, en consecuencia, ordenando que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aún cuando no se haya cotizado durante todo el período de embarazo a las entidades prestadoras de salud.

La Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida [39] con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que:

(i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007 [40] , se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta nueva regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(…) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006 [41] .

En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007 [42] en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007 [43] , se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad , era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días , justificado en el hecho de que “ en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección

doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación ” [44] .

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas : En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo . En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%) .” (Subrayado fuera de texto) La anterior posición fue reiterada en la Sentencia T- 837 de 2010 [45] , donde sostuvo que la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se interrumpe la cotización por un periodo inferior a dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes. De esta manera, se protege el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.

3. CASO CONCRETO La señora Katy Lucía Támara Pacheco actuando en nombre propio y de su hijo recién nacido Julián David Támara Pacheco mediante acción de tutela, solicita al Juez Constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, ante la negativa de la entidad accionada de cancelar la licencia de maternidad a la que tiene derecho por el nacimiento de su hijo, toda vez que no cotizó ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación. En consecuencia, pide se ordene a Salud Total E.P.S realizar el respectivo reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Mediante sentencia de única instancia, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la tutelante, por ser a su juicio la pretensión planteada por la tutelante de índole económica. Por tanto, expuso que la acción de tutela en el caso de la actora deviene improcedente, por contrariar su naturaleza y no cumplir los presupuestos de procedibilidad planteados por la Corte Constitucional para la concesión de dicho amparo.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad, el despacho del Magistrado sustanciador procedió a comunicarse telefónicamente con la tutelante, con el objetivo de indagar sobre la situación de subsistencia de la actora y su hijo recién nacido. Frente a esta situación la misma accionante informó que la EPS accionada le había pagado en su totalidad la licencia de maternidad objeto de esta acción de tutela y que ella ya se encontraba nuevamente laborando.

Ante la nueva realidad de la señora Katy Lucía Támara, en donde la EPS Salud Total procedió a cancelar en su totalidad la licencia de maternidad a la que tenía derecho por el nacimiento de su hijo Julián David Támara Pacheco, la Sala estima que en el caso particular no existe un motivo por el cual deba pronunciarse de fondo sobre los hechos que llevaron a la tutelante a solicitar la protección de sus garantías constitucionales, en tanto se presenta el fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por hecho superado. En efecto, entre la fecha que se interpuso la acción (05 de diciembre de 2014), y el momento en que se produce este fallo en sede de revisión, se satisfizo por completo la solicitud de amparo del derecho elevada por la accionante.

Sin embargo, las consideraciones anteriores no impiden a esta Corporación que realice algunas precisiones en torno al caso concreto, con el fin de precisar la importancia de la protección constitucional de la madre y el recién nacido. Al respecto esta Corporación en varias ocasiones ha resaltado que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional, lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad.

Pese a configurarse un hecho superado, la sala advierte que la negación inicial del pago de la licencia de maternidad vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la tutelante y de su hijo recién nacido, razón por la cual se vio avocada a la presentación de esta acción de tutela. Lo anterior debido a que:

(i) como se señaló en la parte considerativa de esta tutela la negativa de cancelar la licencia de maternidad por no cotizar durante todo el periodo de gestación vulnera los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital tanto de la madre como de su hijo recién nacido, puesto que dicha licencia en algunos casos como el objeto de estudio es el único sustento de la madre y del menor de edad.

Situación que no fue desvirtuada por la entidad accionada, por tanto se tomará como cierta; (ii) esta Corte también ha enfatizado en el pago proporcional de la licencia de maternidad en los casos en los cuales no se haya cotizado durante todo el periodo de gestación. En este caso, la accionante cotizó 21,4 semanas de las 38 semanas de gestación. Por tanto es procedente el pago proporcional de la licencia de maternidad a la que tiene derecho la actora.

Por otro lado, considera la Sala importante precisar su desacuerdo con la decisión de instancia, pues no comparte la posición del Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Sincelejo, Sucre, en lo referente a: (i) que en este caso no existe vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante toda vez que esta no lo alega en su escrito de tutela y, (ii) que no existen derechos fundamentales que tutelar, ya que la pretensión de la actora va encaminada al reconocimiento y pago de una prestación económica y no la protección de un derecho fundamental. Contrario a lo señalado por el juez de instancia para esta Sala si existe una vulneración del derecho al mínimo vital y a la salud de la madre y del menor recién nacido puesto que el no pago de la licencia de maternidad afecta su subsistencia, ya que dicho ingreso tal y como lo ha manifestado esta Corte en otras oportunidades es el sustento económico con el que cuenta la madre y el menor recién nacido durante el tiempo en que se encuentra sin laborar. Aunado a lo anterior, el hecho de no cotizar ininterrumpidamente durante todo el tiempo de gestación ya fue resuelto por esta Corte y se estableció la regla del pago proporcional al tiempo laborado en caso en que no se haya cotizado por más de dos meses del periodo de gestación.

En este sentido, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala hace un llamado a prevención a la EPS Salud Total, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado esta Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo recién nacido.

3.1. CONCLUSIÓN Considera entonces la Sala, que el perjuicio que en este caso se ocasionó a la accionante con la negativa de pagarle la licencia de maternidad ya fue superado. Sin embargo, lo anterior no obsta para reiterar que en los casos en los cuales no se haya cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación no es excusa para no cancelar a la madre su licencia de maternidad, pues esta Corte ha sido enfática en precisar que dicha licencia debe pagarse, según sea el caso, de manera proporcional al tiempo cotizado.

4. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional , administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado como consecuencia del pago de la licencia de maternidad a la señora Katy Lucía Támara , razón por la cual no se impartirá orden alguna a la entidad accionada.

SEGUNDO.- PREVENIR a la EPS Salud Total, para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a quien solicite el pago de la prestación económica, licencia de maternidad, y aplique los lineamientos que sobre el tema ha desarrollado esta Corporación para asegurar los derechos fundamentales de la madre y de su hijo recién nacido.

TERCERO.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado MYRIAM ÁVILA ROLDÁN Magistrada (E) ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Acta de Comunicación, folio 11, cuaderno principal.

[2] Con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden " ser brevemente justificadas ".

Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentenciasT-397 de 2013, T-481 de 2011, T-333 de 2009; T-332 de 2009; T-808 de 2008; T-784 de 2008; T-1032 de 2007; T-689 de 2006; T-465A de 2006;

T-810 de 2005; T-959 de 2004; T-392 de 2004; T-054 de 2002 y T-549 de 1995. [3] Sentencia T-612 de 2009 [4] MP, Rodrigo Escobar Gil [5] Sentencia SU-540/07 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

[6] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [7] Ibíd. [8] Sentencias T- 291 y T-197 de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, las cuales reiteraron la sentencia T-233 de 2006, en la cual esta Corte adoptó la expresión hecho superado para referirse a la muerte del accionante en la tutela. En esa providencia se afirmó que si el accionante muere durante el trámite de la tutela, ésta pierde sentido por carencia actual de objeto , por cuanto la decisión tendiente a proteger los derechos invocados resulta ya inocua [9] Sentencia T-170 de 2009.

[10] Sentencia T-585 de 2010, M.P Humberto Antonio Sierra Porto. [11] Sentencia T-612 de 2009. [12] Asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto.

[13] Garantizar los derechos fundamentales del recién nacido y en general de los menores de edad. [14] Sentencia T-788 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, se pueden consultar, entre otros, los siguientes fallos, en los que la Corte Constitucional encontró que existía una vulneración del mínimo vital de la madre y del menor, por el no pago de la licencia: T-022 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-088 de 2007 (MP Manuel José Cepeda), T-204 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-283 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-689 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-917 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-728 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-707 de 2007 (Clara Inés Vargas Hernández). En algunos de los fallos antes citados, la madre devengaba un salario mínimo o menos. En tales casos se presume la vulneración del mínimo vital. En otros de los fallos citados, la Corte presume la vulneración del mínimo vital cuando el salario es el único medio de subsistencia de la madre. La Corte Constitucional también ha negado el reconocimiento de la licencia de maternidad por vía de la acción de tutela por considerar que no se vulneraba el mínimo vital de la accionante por el no pago de la licencia de maternidad. Al respecto, ver entre otros fallos los siguientes: T-1090 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-653 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-773 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-844 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-1013 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño) y T-1014 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

[15] Decreto 47 de 2000, Art. 3, num. 2. [16] Recientemente en la Sentencia T-554 de 2012 y T-034 de 2007 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte sostuvo:

"(...).la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida" [17] Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1.

[18] Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP:

Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP:

Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

[19] La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazo el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencia T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

[20] Se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo [20] , o cuando el salario es su única fuente de ingreso [20] y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del meno de edadr [20] .

Corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción. [21] Sentencia T-475 de 2009, MP, Jorge Iván Palacio Palacio. [22] MP, Manuel José Cepeda Espinosa [23] Ídem.

[24] MP, Jorge Iván Palacio Palacio. [25] Sentencia T-1223 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa [26] Ídem. [27] Ídem. [28] MP. María Victoria Calle Correa [29] Decreto 806 de 1998.

[30] Sentencia T-1223 de 2008, MP, Manuel José Cepeda Espinosa. [31] Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[32] Decreto 1804 de 1999: “ Articulo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: ‖ 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. ‖ Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. ‖ Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (…)” [33] Decreto 1804 de 1999: “ Articulo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (…) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. ‖ Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. ‖ En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (…)” [34] Decreto 1804 de 1999:

“Articulo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (…) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. ‖ 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. ‖ Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes .” [35] Sentencia T-1223 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[36] Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. [37] Sentencia T-127 de 2009. MP; Humberto Antonio Sierra Porto.

[38] Sentencia T-204 de 2008.MP. Clara Inés Vargas Hernández. [39] T-034 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-206 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se ordenó el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 29 de las 39 semanas que duró el período de gestación y T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que se ordenó, entre otras, el pago proporcional de una licencia de maternidad a una mujer que había cotizado 30 de las 39 semanas que duró el período de gestación.

[40] Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra [41] Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. [42] Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

[43] MP. Manuel José Cepeda Espinosa. [44] Ibídem. [45] MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 6 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.