

Sentencia T/092/16

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/092/16
Expediente	—
Fecha	2016-02-25
Sala	Sala Tercera de Revisión
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Trabajadora Embarazada
- Derecho Fundamental A La Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada Y Durante El Periodo De Lactancia
- Mujer Trabajadora Embarazada
- Conocimiento Del Embarazo Por Parte Del Empleador
- Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada
- Mujer Embarazada En Contrato A Terminio Indefinido

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Residual y subsidiaria no es, en principio, el mecanismo idóneo para reclamar derechos o prestaciones laborales. Sin embargo, procede excepcionalmente esta acción constitucional, cuando se encuentran comprometidos los derechos de la

Texto completo

T-092-16 Sentencia T-092/16 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela La acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria no es, en principio, el mecanismo idóneo para reclamar derechos o prestaciones laborales. Sin embargo, procede excepcionalmente esta acción constitucional, cuando se encuentran comprometidos los derechos de la madre gestante o la madre y su hijo recién nacido, quienes por su condición de indefensión, requieren de una especial asistencia y protección por parte del Estado.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA- Protección constitucional especial (i)Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado;

(ii) esa protección se traduce en un fuero de la mujer frente a posibles discriminaciones en el ámbito laboral como consecuencia de su estado de gravidez o maternidad (entiéndase periodo de lactancia); (iii) el valor que tiene la vida en nuestro ordenamiento constitucional impone el deber al Estado de proteger no solo a la mujer como gestadora de vida, sino también al naciturus y al que acaba de nacer; y (iv) la protección a la madre embarazada o en periodo de lactancia garantiza además la salvaguarda de la familia como institución base de la sociedad.

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA- Protección en disposiciones de derecho internacional DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA- Reglas jurisprudenciales fijadas en sentencia SU070/13 CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR- No es requisito para la protección de la mujer embarazada sino para determinar el grado de protección DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Es aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS LICENCIA DE MATERNIDAD- Inaplicación de los requisitos legales como medida de protección constitucional de la mujer después del parto Corresponde al Estado garantizar la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 CP), así como del recién nacido (art. 50 CP). De ahí que, en la legislación laboral se hayan incluido medidas de protección tales como la licencia de maternidad, prestación que consiste en un receso remunerado a favor de la madre que acaba de dar a luz, para que se recupere del parto y se encargue del cuidado del hijo que acaba de nacer.

Con base en la normatividad vigente, el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer gestante o lactante, está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, a saber: (i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación; (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 cuanto al requisito de haber cotizado de manera ininterrumpida durante toda la etapa de gestación para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, esta Corte ha reiterado su jurisprudencia en el sentido que:

“el incumplimiento [del requisito aludido] 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”.

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 Una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer y de su hijo recién nacido, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad, porque la peticionaria no cumplió el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación.

Referencia: expedientes T-5.123.820, T-5.184.324 y T-5.189.266 Acciones de tutela interpuestas por María Alejandra Alvarado Flórez contra Helicol S.A.S.

(T-5.123.820); Andrea Stefania Encizo Lozano contra Nueva EPS (T-5.184.324); y Adriana María Medina Rondón contra el Hotel Dayamar (T-5.189.266).

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA Los expedientes que se estudian a continuación fueron seleccionados y acumulados para revisión mediante el Auto del 28 de octubre de 2015, proferido por la Sala de Selección Número Diez de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES 1. En dos de los casos acumulados, las señoras María Alejandra Alvarado Flórez (T-5.123.820) y la señora Adriana María Medina Rondón (T-5.189.266), interpusieron, a nombre propio, acciones de tutela contra Helicol S.A.S. y el Hotel Dayamar, respectivamente, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, salud, trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, como consecuencia de la terminación de los contratos de trabajo a término indefinido y prestación de servicios, sin la autorización de la respectiva autoridad laboral, pese a estar en estado de gestación y, en el caso de la señora Alvarado, encontrarse además en condición de debilidad manifiesta por razón de su enfermedad.

1.1. Frente a lo anterior, las accionantes solicitaron al juez de tutela ordenar su reintegro, el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento del despido hasta cuando se haga efectiva su reincorporación, de la indemnización por despido sin el cumplimiento de requisitos legales y de la licencia de maternidad.

2. En el otro caso, la señora Andrea Stefania Encizo Lozano (T-5.184.324) interpuso acción de tutela contra la Nueva EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida y a la seguridad social, con ocasión de la negativa de la accionada de pagar la licencia de maternidad, bajo el argumento de que las semanas cotizadas por ésta, son inferiores al periodo de gestación.

En consecuencia, la accionante solicitó el pago de la prestación aludida. A. Expediente T-5.123.820 1. La demanda de tutela 1.1. El 15 de mayo de 2006, la señora María Alejandra Alvarado Flórez suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Helicol S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar [1] .

1.2. El 23 de febrero de 2015, Helicol S.A.S. terminó el contrato de trabajo sin justa causa, pagando la correspondiente indemnización a la accionante [2] .

1.3. Mediante oficio del 9 de marzo de 2015, recibido el 11 del mismo mes y año, la accionante informó al empleador que a la fecha tenía un embarazo “ de edad gestacional de 4 semanas 6 días ”, además, que “ no había notificado a la empresa de [su] estado en razón a que no sabía de [su] estado de gravidez ” [3] .

1.4. Alegó que fue vulnerado su derecho a la estabilidad laboral reforzada, porque la empresa accionada terminó el vínculo laboral sin pedir autorización a la oficina de trabajo, pese a que estaba embarazada y se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, debido a que, la ARL Sura le había diagnosticado “ tendinitis de flexoextensores de puño derecho, epicondilitis media derecha ” [4] .

1.5. El 26 de marzo de 2015, por requerimiento de la accionante, fue programada audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo. Llegado el día y hora de la diligencia, el inspector de trabajo dejó constancia de que asistió la peticionaria y que el empleador no compareció, ni presentó excusa [5] .

1.6. Por lo anterior, pidió al juez de tutela que conceda el amparo transitorio de sus derechos fundamentales a la maternidad, al debido proceso, a la salud, al trabajo, a la defensa y al mínimo vital, en consecuencia, (i) que ordene a la accionada el reintegro al cargo que venía desempeñando, acorde con su estado de embarazo y de discapacidad y, (ii) que ordene el pago de las prestaciones dejadas de percibir desde el despido hasta que se produzca el reintegro.

3. Respuesta de la entidad accionada y las vinculadas 3.1. Accionado: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A.S. - Helicol S.A.S.- Solicitó que se deniegue por improcedente la acción de tutela, por las siguientes razones: (i) existen otros medios ordinarios de defensa judicial idóneos, como la acción laboral de reintegro; (ii) no existe relación de causalidad entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de embarazo y de salud de la accionante, pues la trabajadora informó a la empresa accionada su estado de embarazo el 11 de marzo de 2015, es decir , 17 días después de la fecha de

despido y, además, no estaba incapacitada, discapacitada o limitada para ese momento, ni la empresa tenía conocimiento de que estaba pendiente algún tratamiento médico;

(iii) falta de prueba del perjuicio irremediable; (iv) no se cumple con la legitimación por pasiva; y (v) el contrato de trabajo se terminó de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del CST, con el pago de la indemnización por despido sin justa causa [6] .

3.2. Vinculado: Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. -ARL Sura- Manifestó que la acción de tutela es improcedente, en razón a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante. Así mismo, informó lo siguiente: (i) que la señora Alvarado estuvo afiliada a ARL Sura durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2008 al 9 de febrero 2015 y, (ii) que el 4 de marzo de 2014 se reportó enfermedad laboral “ epicondilitis media ” y, que por ello, ha brindado los servicios de salud que ha requerido la demandante [7] .

3.3. Vinculado: Ministerio de Salud y Protección social Solicitó que se declare improcedente la solicitud de amparo, argumentando que no existe legitimación por pasiva de esta entidad y que existen otros medios de defensa judicial idóneos para resolver el asunto planteado por la accionante [8] .

4. Decisiones judiciales objeto de revisión 4.1. Primera instancia: Sentencia del Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, del 14 de mayo de 2015 Declaró improcedente la acción de tutela, argumentando que se probó en el proceso que la empresa accionada no tenía conocimiento sobre el estado de gravidez de la accionante, señaló que inclusive, mediante el escrito del 11 de marzo de 2015, la misma demandante había reconocido que al momento del despido no tenía conocimiento de su embarazo.

Manifestó que la accionante no demostró que tuviera una pérdida de capacidad laboral o que estuviera incapacitada para el cumplimiento de sus funciones, ni que faltaran terapias o que hubiera perdido algunas por la terminación del contrato de trabajo. Por estas razones, concluyó que el presente asunto debía someterse al conocimiento de la jurisdicción laboral ordinaria, más no al trámite excepcional de la acción de tutela.

4.2. Impugnación La demandante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela, especialmente, que la empresa accionada vulneró sus derechos fundamentales, porque canceló el contrato de trabajo por motivo de las enfermedades de origen laboral que padece, sin previa autorización del inspector de trabajo.

Por su parte, la empresa Helicol S.A.S. solicitó al juez de tutela de segunda instancia que confirmara el fallo del a quo, argumentando que la terminación del contrato de trabajo no se dio por la enfermedad de la accionante, ni mucho menos por su estado de embarazo [9] , sino por razones de orden administrativo y operativo de la compañía.

4.3. Segunda instancia: Sentencia del Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito, del 26 de junio de 2015 Confirmó la sentencia de primera instancia, considerando que no existen medios de convicción que permitan concluir que la terminación del contrato de trabajo se dio por razón del embarazo o el estado de salud de la demandante, por el contrario, señaló que sí existe evidencia de que se trató de una terminación unilateral del contrato sin justa causa. Manifestó que ante esa incertidumbre la acción de tutela se tornaba en “ un mecanismo carente de la eficacia necesaria para la búsqueda de la verdad ”, pues el término expedito para su definición resultaba insuficiente para obtener las pruebas que permitieran verificar lo ocurrido.

5. Trámite en sede de revisión 5.1. Solicitud de insistencia. Mediante escrito del 15 de octubre de 2015, el Defensor del Pueblo Jorge Armando Otálora Gómez, presentó solicitud de insistencia ante la Sala de Selección número Diez de esta Corporación, con el fin de que fuera seleccionado el proceso bajo estudio, por las siguientes razones: (i) se vulneró el derecho al trabajo y la estabilidad laboral reforzada de la actora, en tanto, la empresa accionada terminó el contrato de trabajo sin previa autorización del inspector de trabajo, pese a que la trabajadora se encontraba en estado de embarazo; y

(ii) los jueces de tutela de ambas instancias desconocieron la jurisprudencia constitucional reiterada en materia del fuero de maternidad (Sentencia SU-070/13), la cual establece que cuando el empleador no conoce en desarrollo del contrato a término indefinido el estado de gestación de la empleada y no aduce justa causa al momento del despido, por lo menos, debe reconocer las cotizaciones durante el período de gestación, reintegrar a la trabajadora, si las causas del contrato no desaparecen, y pagar los salarios y prestaciones dejadas de percibir, la cuales serán compensadas con las indemnizaciones recibidas por el despido sin justa causa [10] .

B. Expediente T-5.184.324 1. La demanda de tutela 1.1. La señora Andrea Stefania Encizo Lozano, de 23 años de edad [11] , es madre del menor Joan Andrés Villareal Encizo, quien nació el 22 de mayo de 2015 [12] .

1.2. La accionante se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante la Nueva EPS, en calidad de cotizante [13] . 1.3. Afirmó que durante su estado de gestación hizo, de manera completa e ininterrumpida, el 100% de las cotizaciones a la Nueva EPS, sobre la base de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.4. Informó que la Nueva EPS negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, comprendida entre el 22 de mayo de 2015 y el 27 de agosto del mismo año [14] , porque “ ... no existe el 100% de las compensaciones a la EPS durante el período de gestación ”.

1.5. Manifestó que depende económicamente de su trabajo y que necesita el pago de la licencia de maternidad para garantizar su mínimo vital y el de su hijo recién nacido.

1.6. Por esta razón, solicitó al juez de tutela que conceda el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social, y en consecuencia, ordene a la EPS accionada que pague a su favor la licencia de maternidad, a partir del 22 de mayo de 2015 hasta el 27 de agosto del mismo año.

3. Respuesta de la entidad accionada y la vinculada 3.1. Accionado: Nueva EPS Solicitó que se denegara por improcedente la acción de tutela. Comenzó por manifestar que del reporte histórico de empleadores, se pudo “ establecer que hubo una interrupción de la afiliación desde el 1° de junio de 2014 hasta el 30 de septiembre del 2014, lo cual indica que no ha existido continuidad en los pagos ”. De este modo, adujo que no era procedente el reconocimiento económico derivado de la incapacidad por maternidad, porque la afiliada no había cumplido con el requisito exigido por la ley (Decreto 047/00, art.3, núm. 2, concordante con el Decreto 806/98, art.63), esto es, que hubiera cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación. En ese sentido señaló que “ los días continuos de cotización son inferiores a los días de gestación... ” [15] . Por último, manifestó que en caso de concederse el pago de la prestación económica mencionada, el juez de tutela disponga el respectivo recobro contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- [16] .

3.2. Vinculada: Secretaría de Salud Departamental del Tolima Solicitó que no se imputara responsabilidad alguna en su contra, porque la entidad responsable de brindar la atención integral a la accionante era la EPS a la que se encontraba afiliada en condición de cotizante, es decir, la Nueva EPS [17] 4. Decisión judicial objeto de revisión 4.1. Única instancia:

Sentencia del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima), del 4 de agosto de 2015 Negó la protección de los derechos fundamentales invocados, al considerar que la accionante no demostró que los mecanismos ordinarios de defensa judicial, con los que cuenta en la jurisdicción laboral, fueran poco idóneos o ineficaces, como tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la tutela como medio transitorio de amparo.

C. Expediente T-5.189.266 1. La demanda de tutela 1.1. El 16 de diciembre de 2014, la señora Adriana María Medina Rondón suscribió con el Hotel Dayamar de la ciudad de Cúcuta, contrato de prestación de servicios por el término de tres (3) meses, con el objeto de desempeñar las tareas de recepción, manejo de caja y conservación de inventario [18] .

1.2. Mediante escrito del 5 de febrero de 2015, la accionante informó a su empleador sobre su estado de gravidez [19] .
1.3. El 16 de marzo de 2015, fecha en la que terminó el contrato, se suscribió entre la accionante y el empleador un documento de paz y salvo, para dejar constancia de que fueron canceladas todas las prestaciones laborales [20] .

1.4. Respecto a lo anterior, manifestó que la terminación del contrato fue sin justa causa, que quedó sin seguro y que el empleador le adeuda las horas extras y los bonos nocturnos.

1.5. Por lo anterior, solicitó al juez de tutela que conceda la protección de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social, salud y derechos de los niños, y en consecuencia, ordene el reintegro laboral y el pago de la licencia de maternidad y demás prestaciones a las que tenga derecho.

3. Respuesta de la entidad accionada y la vinculada 3.1. Accionado: Hotel Dayamar Solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, por los siguientes motivos: (i) la demanda de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, toda vez que la actora cuenta con otras acciones judiciales ordinarias para reclamar la protección de sus derechos; (ii) no existe vulneración de derechos, en tanto, la no renovación del contrato se dio por el mal desempeño laboral de la accionante, más no por razón de su estado de embarazo [21] ;

y (iii) se debe negar la acción porque la demandante no aportó con la demanda de tutela copia de la cedula de ciudadanía, sino la copia de la contraseña, “ documento que no es claro ni pleno como identificación del accionante”.

4. Decisión judicial objeto de revisión 4.1. Única instancia: Sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cúcuta (Norte de Santander), del 14 de abril de 2015 Negó por improcedente la acción de tutela, al considerar que la accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para reclamar lo pretendido en esta acción constitucional, pues se trata de un asunto contractual que debe presentarse ante la jurisdicción laboral ordinaria.

5. Actuación adelantada en la Corte Constitucional 5.1. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado ponente consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello, ordenó:

“ PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a la señora Andrea Stefania Encizo Lozano, quien actúa como demandante en el proceso de tutela T-5.184.324, para que dentro del término de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe a esta Sala, lo siguiente:

(i) ¿Estuvo vinculada laboralmente con alguna empresa durante su período de gestación (embarazo)? En caso afirmativo, indique cómo se llama;

(ii) Con base en su historia clínica u otros exámenes médicos que le hayan practicado, informe ¿Cuántas semanas duró su período de gestación (embarazo)? Para ello, aporte los soportes correspondientes;

(iii) ¿En qué fecha la Nueva EPS le negó el pago de la licencia de maternidad?; (iv) Allegue las pruebas que considere pertinentes para demostrar que cotizó ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo su período de gestación.

De igual modo, en cuanto a su situación económica, proceda a responder: (i) Si tiene personas a cargo, indicando ¿quiénes y cuántos? (ii) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, de donde derivan sus ingresos económicos y si tienen alguna profesión, arte u oficio? (iii) Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, ¿cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos? (iv) ¿Cuál es su situación económica actual? Para dar respuesta a todos los interrogantes anteriores, remita a esta Corporación, las pruebas o soportes correspondientes. Igualmente, allegue a esta Sala la relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, vivienda, préstamos, etc.), con los correspondientes soportes que así lo acrediten.

SEGUNDO . Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Nueva EPS, quien actúa como demandando en el proceso de tutela T-5.184.324, para que en el término de las veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, informe a esta Sala, lo siguiente:

(i) ¿Cuántas semanas duró el período de gestación de la señora Andrea Stefania Enciso Lozano?; y (ii) ¿Cuántas semanas cotizó la señora Andrea Stefania Enciso Lozano durante su período de gestación? Para dar respuesta a lo anterior, remita a esta Corporación, las pruebas o soportes correspondientes.

TERCERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a la señora Adriana María Medina Rondón, quien actúa como demandante en el proceso de tutela T-5.189.266, para que en el término de las veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, aporte las pruebas que considere pertinentes para demostrar que existió una relación de subordinación durante la ejecución del contrato celebrado con el Hotel Dayamar.

De igual modo, en cuanto a su situación económica, proceda a responder: (i) Si tiene personas a cargo, indicando ¿quiénes y cuántos? (ii) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, de donde derivan sus ingresos económicos y si tienen alguna profesión, arte u oficio? (iii) Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, ¿cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos? (iv) ¿Cuál es su situación económica actual? Para dar respuesta a lo anterior, remita a esta Corporación, las pruebas o soportes correspondientes” 5.2. Mediante oficio del diez (10) de febrero de 2016 [22] , la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado sustanciador la respuesta que allegó la señora Andrea Stefania Enciso Lozano (T-5.184.324), además, informó que la Nueva EPS (T-5.184.324) y la señora Adriana María Medina Rondón (T-5.189.266) no atendieron al requerimiento hecho mediante el auto de pruebas [23] .

5.2.1. La señora Andrea Stefania Enciso Lozano (T-5.184.324) manifestó: (i) que su familia atraviesa una situación crítica, porque ella no cuenta con un ingreso mensual y los recursos que obtienen para sobrevivir son los que recibe su esposo por el trabajo ocasional de hacer buñuelos; (ii) que su hijo Joan Andrés Villareal Enciso depende económicamente de ella; (iii) que su esposo tiene “ una discapacidad de habla ”, razón por la cual lo tiene afiliado como beneficiario al sistema de salud; (iv) que no es propietaria de bienes muebles o inmuebles; (v) que en su periodo de gestación estuvo vinculada con la empresa Soluciones Múltiples Efectivas; (vi) que su periodo de gestación duró 40.5 semanas; y (vii) que la Nueva EPS negó el pago de la licencia de maternidad el 3 de julio de 2015 [24] .

5.2.2. De igual modo, aportó los siguientes documentos: (i) copia de la historia clínica expedida por la Clínica del Tolima, el 22 de mayo de 2015, en la que consta que el embarazo duró 40.5 semanas [25] ;

(ii) copia de la cédula de ciudadanía de la accionante [26] ; (iii) copia del registro civil de nacimiento de su hijo Joan Andrés Villarreal Enciso [27] ; (iv) copia del formato de novedades (POS), que registra a la empresa Soluciones Múltiples Efectivas como empleadora de la accionante [28] ;

(v) copia del oficio del 3 de julio de 2015, por medio del cual la Nueva EPS informó a la empresa mencionada que no era posible acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad, porque los días continuos de cotización de la accionante, son inferiores a los días de gestación [29] ; (vi) copia del certificado de afiliación de la accionante a la Nueva EPS, en calidad de cotizante y como beneficiarios su hijo y su esposo, expedido el 28 de enero de 2016 [30] ;

y (vii) copia del registro histórico de los periodos compensados por la Nueva EPS, en el cual se evidencia que hubo aportes ininterrumpidos entre noviembre de 2014 y mayo de 2015 (fecha del parto) [31] .

II. FUNDAMENTOS 1. Competencia Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto

2591 de 1991, y en virtud del Auto del 15 de octubre de 2015, expedido por la Sala de Selección de tutela Número Diez de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

2. Problemas jurídicos a resolver Acorde con lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si: 2.1. ¿Se vulneran los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital, cuando el empleador decide terminar el contrato de trabajo a término indefinido aplicando la figura del despido sin justa causa o cuando finaliza el contrato de prestación de servicios por el vencimiento del plazo pactado y por la configuración de una causal objetiva (incumplimiento de funciones), pese a que las trabajadoras se encontraban en estado de embarazo al momento del despido? 2.2. ¿Se vulneran los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer y su hijo recién nacido, cuando una empresa promotora de salud niega el pago de la licencia de maternidad, argumentando que no cotizó ininterrumpidamente durante todo el período de gestación? 2.3. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y para obtener el pago de la licencia de maternidad; (ii) las disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales que fundamentan el derecho a la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o en periodo de lactancia;

(iii) las reglas jurisprudenciales sobre la aplicación de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia; y (iv) la inaplicación de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como medida de protección constitucional de la mujer después del parto.

En ese marco, se abordará el estudio de los casos concretos. 3.1. Procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y para obtener el pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia 3.1.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por regla general, las jurisdicciones de lo contencioso administrativo o la ordinaria laboral, disponen de los medios de defensa judicial idóneos y eficaces para reclamar el reconocimiento de prestaciones sociales o, para procurar la protección de derechos laborales, cuya efectividad se vea comprometida por una controversia que surja de la relación empleado-trabajador.

3.1.2. Teniendo en cuenta lo anterior y el carácter subsidiario que la Constitución le atribuye a la acción de tutela, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que este medio constitucional no puede interponerse para reclamar derechos ni prestaciones laborales de los trabajadores, pues se trata de asuntos de origen litigioso que le corresponde resolver, en principio, a los jueces laborales o administrativos, según sea el caso.

3.1.3. No obstante, de manera excepcional, la Corte ha determinado que, la acción de tutela se despoja de su carácter subsidiario para convertirse en un mecanismo de defensa principal, por lo menos, en dos supuestos: (i) cuando la persona que reclama la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es un sujeto de especial protección constitucional, como el caso de las madres gestantes y de las madres y sus hijos recién nacidos [32] ;

y (ii) cuando la persona que reclama el pago de una prestación social, como la licencia de maternidad, ve comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y el de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingresos que les asegure una digna subsistencia [33] .

3.1.4. En síntesis, la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria no es, en principio, el mecanismo idóneo para reclamar derechos o prestaciones laborales. Sin embargo, procede excepcionalmente esta acción constitucional, cuando se encuentran comprometidos los derechos de la madre gestante o la madre y su hijo recién nacido, quienes por su condición de indefensión, requieren de una especial asistencia y protección por parte del Estado.

3.2. Disposiciones constitucionales, legales e instrumentos internacionales que fundamentan del derecho a la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o en periodo de lactancia 3.2.1. En la Constitución Política,

existen diferentes disposiciones que reconocen la importancia que tiene, en un Estado Social de Derecho, el deber de garantizar una protección especial a la trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia.

3.2.2. En primer lugar, el artículo 13 Superior consagra el principio y derecho constitucional a la igualdad, de acuerdo con el cual las autoridades tienen el deber de promover “medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”, como es el caso de las madres gestantes o lactantes.

3.2.3. En segundo lugar, el artículo 43 Constitucional contiene un deber específico estatal cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. La Corte ha entendido que este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: “la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada” [34].

3.2.4. En tercer lugar, el artículo 53 Superior, de manera específica, establece que algunos de los principios mínimos fundamentales que deben orientar las relaciones laborales son: la “estabilidad en el empleo” y la “protección especial a la mujer y a la maternidad”.

3.2.5. En cuarto lugar, de una lectura armónica del Preámbulo y de los artículos 11 y 44 de la Constitución, se deriva que la vida es un derecho fundamental inviolable y por ende debe ser asegurado por el Estado. Con base en este principio, resulta evidente que a la mujer embarazada se le debe brindar una especial protección estatal como “gestadora de vida que es” [35].

Al respecto, la Corte ha señalado que, “la protección a la mujer trabajadora gestante tiene como fundamento a la presunción de que la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer.

” [36]. 3.2.6. Y en quinto lugar los mandatos contenidos en los artículos 5 y 42 de la Carta Política [37] también han sido considerados como fundamentos constitucionales del derecho aludido, gracias a la relevancia que tiene la institución de la familia, y por ende, la mujer gestante, como base de la sociedad [38].

3.2.7. En ese mismo sentido, a nivel infra constitucional, existen preceptos legales en los que se establece el deber de protección de la mujer embarazada y o en periodo de lactancia. Entre las normas más relevantes, se encuentran:

(i) Los artículos 236 a 238 del Código Sustantivo del Trabajo, en los que se establece el descanso remunerado para la época del parto, en caso de aborto y durante la lactancia.

(ii) El artículo 239 del mismo estatuto, mediante el cual se proscribe el despido de una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, se establece la presunción de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia y se definen las sanciones que se imponen a quienes incumplan la prohibición [39].

(iii) Y el artículo 240 del mismo cuerpo normativo, el cual señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactante debe ser autorizado por el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal, en los lugares en los que no exista inspector. Quien emita la autorización de despido, debe constatar que la solicitud del empleador se hizo con fundamento en alguna de las causales consagradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo y haber escuchado previamente a la trabajadora. La infracción de lo dispuesto en esta norma genera la ineficacia del despido.

3.2.8. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico internacional, también existen en los Sistemas Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos, disposiciones normativas en las que se han definido pautas e instituido medidas

de protección frente a las amenazas o violaciones de los derechos de las mujeres embarazadas o lactantes. Son instrumentos internacionales relevantes para el tema en cuestión, los siguientes:

(i) La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25) [40] ; (ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2, 6 y 10.2) [41] ;

(iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3 y 26) [42] ; (iv) la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1 [43] y 24 [44]);

(v) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW- (artículos 11 y 12.2) [45] 3.2.9. Con base en los fundamentos constitucionales, legales e internacionales expuestos, es posible arribar a las siguientes conclusiones: (i) existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado; (ii) esa protección se traduce en un fuero de la mujer frente a posibles discriminaciones en el ámbito laboral como consecuencia de su estado de gravidez o maternidad (entiéndase periodo de lactancia) ;

(iii) el valor que tiene la vida en nuestro ordenamiento constitucional impone el deber al Estado de proteger no solo a la mujer como gestadora de vida, sino también al naciturus y al que acaba de nacer ; y (iv) la protección a la madre embarazada o en periodo de lactancia garantiza además la salvaguarda de la familia como institución base de la sociedad.

3.3. Reglas jurisprudenciales sobre la aplicación de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia. Reiteración de la Sentencia SU-070/13 La Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-070/13 [46] unificó los diferentes criterios que venían adoptando las Salas de Revisión, respecto de dos aspectos (i) el conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (ii) la alternativa laboral, bajo la cual se encontraba trabajando la mujer embarazada.

Esto, con el fin de fijar las reglas de procedencia para la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia y, las medidas de protección que debe imponer el juez de tutela.

3.3.1. Conocimiento del empleador del estado de embarazo La Corte determinó que el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende , en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

Agregó que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, puede darse por medio de la notificación directa; porque se configure un hecho notorio – quinto mes de embarazo;

permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; o conocimiento de los compañeros de trabajo [47] –; o cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo [48] .

En conclusión, la Sala Plena consideró que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante no se deriva del conocimiento que tenga el empleador del estado de embarazo, porque se trata solo de un factor que se debe tener en cuenta para definir el grado de protección que se le va a brindar.

3.3.2. Presupuestos específicos de procedencia de la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o en periodo de lactancia Conforme a lo anterior, este Tribunal precisó que la procedencia de la protección reforzada derivada del estado de embarazo, se encuentra condicionada únicamente a la verificación de dos presupuestos: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, “ esta última cuando se esté frente a un contrato realidad ” [49] y, (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

Unido a ello, la Corte determinó que una vez constatados los anteriores requisitos procede la aplicación de medidas protectoras, cuyo alcance se determina en el caso concreto, dependiendo (i) de la modalidad de contrato y (ii) según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación. Por este motivo, la Sala Plena planteó las hipótesis fácticas con las diferentes alternativas laborales y, en consecuencia, las reglas para adoptar medidas protectoras que materializan el amparo laboral reforzado.

A continuación, la Sala de Revisión procederá a exponer las reglas aplicables a las modalidades de contratación que se utilizaron en los casos objeto de estudio, a saber:

contrato a término indefinido y contrato de prestación de servicios. 3.3.2.1. Contrato de trabajo a término indefinido Bajo esta hipótesis, las medidas de protección se adoptan dependiendo del conocimiento que tenía el empleador del estado de embarazo y la invocación o no de una justa causa para el despido, así:

1.1. Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada y la despide sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo : En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación [50] .

1.2 Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada : en este evento surgen a la vez dos situaciones:

1.2.1 Cuando el empleador adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada) : En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa (si se presenta) se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. El fundamento de esta protección es el principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas.

1.2.2 Cuando el empleador NO adujo justa causa (y NO conoce el estado de gestación de la empleada): En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa” (Negrita fuera del original) 3.3.2.2.

Contrato de prestación de servicios. Respecto de esta modalidad de vinculación, en la Sentencia SU-070/13, la Corte consideró que: “En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “ existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral” [51] , en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

... la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio.

Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

(...) Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido [52] .” Conforme a lo anterior, en casos donde la mujer embarazada o lactante estuvo vinculada bajo un contrato de prestación de servicios, procede el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada, siempre que el juez de tutela constate que entre el empleador y la trabajadora no existió un contrato de prestación de servicios, sino un contrato realidad, para lo cual es necesario verificar los elementos que constituyen una verdadera relación laboral, estos son, salario, subordinación y prestación personal del servicio. En el caso de que el juez compruebe la existencia del contrato realidad, las medidas de protección serán las mismas que se aplican al contrato a término fijo.

3.4. Licencia de maternidad: inaplicación de los requisitos legales como medida de protección constitucional de la mujer después del parto. Reiteración de jurisprudencia 3.4.1. De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, corresponde al Estado garantizar la especial asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto (art. 43 CP), así como del recién nacido (art. 50 CP). De ahí que, en la legislación laboral se hayan incluido medidas de protección tales como la licencia de maternidad, prestación que consiste en un receso remunerado a favor de la madre que acaba de dar a luz, para que se recupere del parto y se encargue del cuidado del hijo que acaba de nacer.

3.4.2. Con base en la normatividad vigente, el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la mujer gestante o lactante, está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, a saber:

(i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación [53] , (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 [54] .

3.4.3. En cuanto al requisito de haber cotizado de manera ininterrumpida durante toda la etapa de gestación para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, esta Corte ha reiterado su jurisprudencia en el sentido que: “ el incumplimiento [del requisito aludido] 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 ”.

[55] 3.4.5. Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal en varias ocasiones ha inaplicado la disposición legal que establece el requisito (Decreto 47/00, art. 3 numeral 2) y ha ordenado el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, pese a que la persona no haya cotizado a la E.P.S. de manera ininterrumpida durante todo el período de gestación.

3.4.6. En ese sentido, la Corte ha determinado que dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional, esto, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema [56] . De esta manera, existen dos hipótesis que el juez de tutela debe considerar al momento de ordenar el pago:

(i) 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, (ii) 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 [57] .

3.4.7. Para lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, 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” [58] .

4. Solución de los casos concretos 4.1. Procedencia general de las acciones de tutela 4.4.1. Legitimación activa: Las señoras María Alejandra Alvarado Flórez (T-5.123.820); Andrea Stefania Encizo Lozano (T-5.184.324); y Adriana María Medina Rondón (T-5.189.266), actúan a nombre propio como titulares de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentran legitimadas para promover la acción de tutela (C.P. art. 86°, Decreto 2591/91 art. 1° y art.10°) 4.4.2. Legitimación pasiva.

De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591/91 la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares, entre otros casos, en los siguientes: (i) “ cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud... ” (Numeral 2); y (ii) “ cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela ” (Numeral 9).

En el marco de la legitimación por pasiva de la acción de tutela, la Corte ha entendido que el concepto de la subordinación se refiere a “una condición que permite a una persona una relación de dependencia con otra persona producto de situaciones derivadas de una relación jurídica cuya fuente es la ley, por ejemplo en el caso de los padres con los hijos, o una relación contractual entre las partes, como el trabajador con sus empleados” [59] .

En los casos concretos, la empresa Helicol S.A.S. (T-5.123.820) y el Hotel Dayamar (T-5.189.266) fueron señalados como los responsables de la vulneración de los derechos fundamentales invocados y tuvieron algún tipo de vínculo contractual con las demandantes, por lo tanto, resultan demandables en proceso de tutela.

Frente a la Nueva EPS, se trata de una empresa de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

4.4.3. Inmediatez. Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que deben presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable: (i) quienes pretendan la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada por haber sido despedida en estado de embarazo o en período de lactancia [60] ; y (ii) quienes reclamen a través de la acción de tutela el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad [61] .

En los casos concretos, la Sala observa que las accionantes interpusieron las demandas de tutela dentro de los tres (3) meses siguientes al acto que generó la presunta vulneración; término que se considera prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados.

T-5.123.820: El 23 de febrero de 2015 terminó del contrato de trabajo y la acción de tutela se interpuso el 29 de abril del mismo año [62] . T-5.184.324:

Afirma la demandante que el 3 de julio de 2015 la Nueva EPS negó el pago de la licencia de maternidad y la acción de tutela fue presentada el 21 de julio de 2015 [63] .

T-5.189.266: El 16 de marzo de 2015 finalizó el contrato de prestación de servicios y el 27 de marzo de 2015 se interpuso la acción de tutela [64] .

4.4.4. Subsidiariedad. La Sala estima que los medios de defensa judicial dispuestos en la jurisdicción ordinaria laboral pierden su eficacia frente a la solicitud urgente de amparo elevada por las demandantes [65] .

Esto, en razón a que (i) las accionantes gozan de una especial protección constitucional, como consecuencia de su estado de embarazo o periodo de lactancia; y (ii) se presume una afectación del derecho al mínimo vital no solo de las accionantes sino también de sus hijos recién nacidos, teniendo en cuenta factores como el despido, el no pago de la licencia de maternidad [66] y el hecho de que afirmaron no tener recursos adicionales que les permitan sufragar sus necesidades básicas y las de sus hijos. Por esta razón, en los presentes asuntos la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales invocados.

4.2. Análisis de fondo de los casos concretos A. Expediente T-5.123.820 1. La señora María Alejandra Alvarado Flórez suscribió, el 15 de mayo de 2006, contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Helicol S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar. El 23 de febrero de 2015, el empleador terminó unilateralmente el contrato de trabajo bajo la causal de despido sin justa causa, por lo cual pagó a la trabajadora la indemnización correspondiente [67] .

2. Finalizado el contrato de trabajo, mediante oficio del 9 de marzo de 2015, recibido el 11 del mismo mes y año, la accionante notificó al empleador que tenía un embarazo de cuatro (4) semanas y seis (6) días e indicó que no había informado antes de su condición porque no tenía conocimiento de la misma [68] .

3. La empresa Helicol S.A.S. alegó que no procede la protección reclamada, por cuanto no existe relación de causalidad entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de embarazo y de salud de la accionante, pues la trabajadora informó a la empresa accionada su estado de embarazo el 11 de marzo de 2015, es decir 17 días después de la fecha de despido y, además, no estaba incapacitada, discapacitada o limitada, ni la empresa tenía conocimiento de que estaba pendiente algún tratamiento médico.

Unido a ello, indicó que el contrato de trabajo se terminó de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del CST, con el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

4. Frente a lo anterior, los jueces de tutela de ambas instancias consideraron que la acción de tutela era improcedente, porque (i) se demostró que la empresa accionada no tenía conocimiento sobre el estado de gravidez de la accionante y, (ii) no se comprobó que la trabajadora tuviera una pérdida de capacidad laboral o que estuviera incapacitada para el cumplimiento de sus funciones, ni que faltaran terapias o que hubiera perdido algunas por la terminación del contrato de trabajo.

5. Con base en lo anterior, corresponde a la Sala resolver si ¿ Se vulneran los derechos a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital, cuando el empleador decide terminar el contrato de trabajo a término indefinido por el vencimiento del plazo pactado y por la configuración de una causal objetiva (incumplimiento de funciones), pese a que las trabajadora se encontraban en estado de embarazo al momento del despido? 6. La Sala anticipa la respuesta al problema jurídico planteado, en el sentido que, contrario a lo sostenido por la accionada y por los jueces de tutela de ambas instancias, es claro que existe una vulneración de los derechos invocados por la accionante y, por lo tanto, procede a favor de la actora la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. Esto es así por las siguientes razones:

6.1. Como quedó anotado, para dar aplicación del derecho a la protección laboral reforzada de la mujer gestante o lactante, en el fallo SU-070 de 2013 la Corte puntualizó los presupuestos que dan lugar a la aplicación del fuero de maternidad, a saber:

(i) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, esta última cuando se esté frente a un contrato realidad . De acuerdo con la copia del contrato a término indefinido allegado por la accionante [69] , se constata que

entre ella y la empresa Helicol S.A.S., existió una relación laboral desde el 15 de mayo de 2006 hasta el 23 de febrero de 2015, la cual fue terminada de manera unilateral por el empleador argumentando despido sin justa causa.

(ii) Que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de la prestación de servicios . De la valoración conjunta del contrato a término indefinido, que estuvo vigente hasta el 23 de febrero de 2015; el oficio del 9 de marzo de 2015, recibido el 11 del mismo mes y año, mediante el cual la actora informó a Helicol S.A.S que tenía un embarazo de cuatro (4) semanas y seis (6) días; y los resultados de las pruebas de embarazo que demuestran la veracidad de la información suministrada por la accionante al empleador en el oficio referido [70] , se tiene que efectivamente la señora Alvarado Florez estaba embarazada al momento de la terminación del contrato, pues fue desvinculada, aproximadamente, al cabo de tres (3) semanas de gestación.

6.2. Con base en lo anterior, la Sala concluye que la accionante tiene derecho a la protección de la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o en periodo de lactancia.

Por lo tanto, a continuación procederá a aplicar la regla jurisprudencial en cuanto a las medidas de protección establecidas para los contratos a término indefinido.

6.2.1. Medidas de protección aplicables a los contratos de término indefinido cuando el empleador no aduce justa causa y no conoce del estado de embarazo.

6.2.1.1. De acuerdo con la jurisprudencia decantada en esta providencia [71] , esta Corte ha establecido que en tratándose de contratos a término indefinido, cuando el empleador no conozca del estado de embarazo y no haya invocado justa causa para el despido, la “ protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa ”.

6.2.1.2. La Sala considera que los supuestos fácticos del caso concreto se enmarcan en la hipótesis expuesta , debido a que, primero, el empleador no adujo justa causa para el despido (terminó el contrato a término indefinido invocando la causal de despido sin justa causa) y segundo, no tenía conocimiento del estado de embarazo (la accionante reconoce expresamente que había informado antes de la terminación del contrato sobre su estado de embarazo, debido a que no tenía conocimiento del mismo [72]).

6.2.1.3. En consecuencia, Sala de Revisión, dictará las siguientes medidas de protección: - Primero, ordenará el reconocimiento de la licencia de maternidad, como medida sustituta al pago de las cotizaciones [73] ;

- Segundo, ordenará que proceda a reintegrar, a la demandante, si ella está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió, acorde con su estado de salud actual.

Lo anterior, en razón a que puede colegirse que las causas del contrato laboral no han desaparecido. A esta conclusión arriba la Sala a partir de los siguientes elementos de juicio: (i) el hecho de que el contrato se haya terminado bajo la causal de despido sin justa causa; (ii) la accionada no hizo manifestación alguna en el sentido de que hayan desaparecido las causas que dieron origen al contrato; (iii) la modalidad contractual mediante la cual se encontraba vinculada la trabajadora (contrato a término indefinido) y los aproximadamente nueve (9) años que llevaba desempeñando funciones al interior de la empresa, sugieren que el cargo no tiene un carácter transitorio sino una vocación de permanencia dentro de la empresa, contrario a lo que ocurre en otras alternativas laborales, por ejemplo, el contrato a término fijo o por obra u obra contratada; y (iv) las funciones del cargo que ocupaba la accionante como auxiliar [74] , guardan relación directa con el desarrollo del objeto principal de la empresa [75] .

Tercero, por las razones anotadas, ordenará también el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de la terminación del contrato hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro.

6.2.1.4. Para lo anterior, respecto de la indemnización recibida por la actora en razón a la terminación sin justa causa del contrato de trabajo, la Sala dispondrá que el empleador puede hacer las compensaciones o cruces de cuentas con las sumas que pagó por este concepto. Además, no procederá ordenar la indemnización prevista en el artículo 239 del CST, porque no se encontró demostrado el cumplimiento del requisito del conocimiento del estado de embarazo.

6.2.1.5. Finalmente, vale mencionar que a partir de los elementos aportados al proceso de tutela, la Sala no puede afirmar con grado de certeza que, la terminación del contrato de trabajo se dio como consecuencia de las enfermedades que padece el accionante.

Por lo tanto, se estima pertinente que la señora Alvarado Flórez someta, si así lo desea, la solicitud de reconocimiento de las indemnizaciones correspondientes por este asunto particular a la jurisdicción ordinaria laboral.

B. Expediente T-5.843.324 1. De las pruebas allegadas al expediente esta Sala observa que la señora Andrea Stefania Encizo Lozano se encuentra afiliada a la Nueva EPS, como cotizante dependiente y su ingreso base de cotización es de un salario mínimo [76].

2. La actora dio a luz a su hijo el día 22 de mayo de 2015, por lo que la Nueva EPS expidió la respectiva incapacidad por licencia de maternidad, con fecha de iniciación del 22 de mayo de 2015 y fecha de terminación del 27 de agosto del mismo año [77].

3. Ante la solicitud de pago de la licencia de maternidad, la entidad accionada, mediante oficio del 3 de julio de 2015, negó lo pedido, argumentando que “ los días continuos de cotización [eran] inferiores a los de gestación ”. En ese sentido, indicó que los días de gestación fueron 280, mientras que los días cotizados ininterrumpidos fueron apenas 210.

4. La EPS accionada citó dos disposiciones legales con el fin de fundamentar su negativa: primero, el artículo 3, numeral 2, del Decreto 047 del 19 de julio de 2000, mediante el cual se fijan los períodos mínimos de cotización para acceder a la licencia por maternidad, en los siguientes términos: “ 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 (...)”.

Y segundo, concordante con la norma anterior, el artículo 63 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998, de acuerdo con el cual, “ el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un periodo igual al periodo de gestación ”.

5. Por su parte, el juez de tutela de única instancia, resolvió negar la protección de los derechos fundamentales invocados, básicamente porque la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

6. De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala resolver si ¿se vulneran los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer y su hijo recién nacido, cuando una empresa promotora de salud niega el pago de la licencia de maternidad, argumentando que no cotizó ininterrumpidamente durante todo el período de gestación? 6.1. Al respecto, 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 vulnera el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Por esta razón, este Tribunal ha establecido que, para salvaguardar los derechos de estos sujetos de especial protección constitucional, la EPS deberá hacer el pago de manera total o proporcional de la licencia de maternidad, dependiendo del número de semanas cotizadas al sistema [78].

6.2. En esa medida, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación [79] , en los eventos en que se haya dejado de cotizar menos de dos meses (10 semanas), procederá el pago completo de la licencia y en los casos en que se haya dejado de cotizar más de 2 meses (once o más semanas), procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del periodo de gestación.

6.3. A partir de los hechos probados en el proceso de tutela y con base en el precedente constitucional respecto del requisito de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, la Sala considera que la Nueva EPS vulneró el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Andrea Stefania Encizo Lozano y de su hijo recién nacido, al haber negado el pago de la licencia de maternidad, porque no cumplió con el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación, pese a que cotizó por lo menos 210 de los 280 días, que duró el embarazo.

6.4. Por lo anterior, la Sala considera procedente inaplicar las citadas disposiciones legales, para en su lugar, conceder el amparo del derecho fundamental al mínimo vital y a seguridad social de la accionante y de su hijo recién nacido [80] .

6.4.1. En consecuencia, ordenará a la Nueva EPS que realice el pago de la licencia de maternidad de manera completa, en razón a que, las pruebas que reposan en el expediente, demuestran que en el caso de la accionante se registran cotizaciones por al menos 30.5 semanas (210 días o 7 meses) de las 40.5 semanas (280 días o 9.3 meses) que duró el periodo de gestación [81] ;

en otras palabras, solo le faltaron 10 semanas (2 meses) para cumplir la totalidad del tiempo mínimo requerido por la norma [82] . 6.5. Finalmente, es importante precisar que, por expresa disposición legal, (literal a del art. 157 [83] , arts. 207 [84] y 218 [85] de la Ley 100 de 1993, art. 2° del Decreto 2280 de 2004 [86] y el art. 4° del Decreto 4023 de 2011 [87]), el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- es el obligado a cubrir la prestación por licencias de maternidad y por lo tanto debe transferir a las E.P.S., que actúan como simples intermediarios para su reconocimiento, los dineros que éstas finalmente giren a sus afiliadas, “ siempre que se cumplan con los requisitos del régimen [contributivo o subsidiado] o que exista por vía judicial una inaplicación de las disposiciones sobre la materia ”.

[88] Por esta razón, la Nueva EPS tendrá la posibilidad de repetir contra el FOSYGA por concepto de pago total de la licencia de maternidad [89] .

C. Expediente T-5.189.266 1. El 16 de diciembre de 2014, la señora Adriana María Medina Rondón celebró contrato de prestación de servicios con el Hotel Dayamar, para desempeñar las tareas de recepcionista. Este contrato tenía un término de tres (3) meses –hasta el 16 de marzo de 2015.

Mediante escrito del 5 de febrero de 2015, en vigencia del contrato aludido, la accionante informó al empleador sobre su estado de embarazo. 2.

El 16 de marzo de 2015, el contrato de prestación de servicios fue terminado y no renovado por el empleador. Motivo por el cual, la accionante suscribió un documento de paz y salvo, para dejar constancia de que fueron canceladas todas las prestaciones derivadas del contrato.

3. Por lo anterior, la accionante solicitó al juez de tutela ordenar su reintegro laboral, el pago de la licencia de maternidad y demás prestaciones a las que tenga derecho.

4. Por su parte, el Hotel Dayamar manifestó que no existe vulneración de derechos, en tanto, la no renovación del contrato se dio por el mal desempeño laboral de la accionante, más no por razón de su estado de embarazo. En ese sentido, la accionada aportó tres (3) declaraciones rendidas ante notaría, por personas que afirmaron les constaba la ejecución del contrato de prestación de servicios y el incumplimiento de los deberes por parte de la contratista

(accionante). De este modo, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

5. El juez de tutela de única instancia, negó por improcedente la solicitud de amparo, al considerar que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para dirimir este asunto de carácter contractual.

6. De acuerdo con lo anterior, la Sala debe determinar si se vulneran los derechos al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, cuando el empleador decide terminar el contrato de prestación de servicios, alegando justa causa, pese a que la trabajadora se encontraba en estado de embarazo al momento del despido.

6.1. Para responder al problema jurídico planteado y acorde con las consideraciones expuestas, la Sala procede a verificar en el caso concreto si se cumplen o no los requisitos jurisprudenciales definidos en la Sentencia SU-070/13, sobre la procedencia de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, en contratos de prestación de servicios.

(i) La existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, esta última cuando se esté frente a un contrato realidad . 6.1.1. En criterio de la Sala Plena de esta Corporación, en casos donde la mujer embarazada o lactante estuvo vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, le corresponde al juez de tutela analizar las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar si bajo dicha modalidad contractual, se está ocultando una verdadera relación laboral. Para ello, deberá el juez verificar si están presentes los elementos del “contrato realidad”, a saber: salario, subordinación y prestación personal del servicio. Luego, una vez demostrada la existencia del contrato realidad, deberá aplicar las reglas o medidas de protección derivadas del contrato a término fijo.

6.1.2. En aquellos casos, en los que no resulta posible comprobar los elementos del contrato realidad o no existe claridad sobre la naturaleza de la relación laboral, la Corte ha resuelto declarar improcedente el amparo para que el asunto sea sometido por la demandante a la jurisdicción ordinaria laboral.

A manera de ejemplo, en la Sentencia SU-070 de 2013 se declaró improcedente una demanda de tutela porque a juicio de la Sala Plena, no quedó clara la naturaleza de la relación laboral que existía entre la trabajadora y la fundación accionada (caso # 4); y en la Sentencia T-148 de 2014, mediante la cual se reitera la sentencia de unificación precitada, la Sala Segunda de Revisión se abstuvo de decretar, en dos de los casos acumulados, las medidas de protección correspondientes a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, porque no había claridad de la naturaleza de la relación laboral, ni se demostró la configuración de los elementos del contrato realidad [90] .

6.1.3. Descendiendo al caso bajo estudio, de los elementos probatorios allegados por las partes al proceso de tutela, se tiene lo siguiente: (i) en la demanda de tutela la accionante no cuestionó la naturaleza del contrato de prestación de servicios, ni adujo razones por las cuales se podría tratar de un contrato realidad; (ii) por el contrario, en la copia del contrato de prestación de servicios, aportado por la accionada, se advierte la ausencia de un horario de trabajo y de cláusulas que estipulen algún tipo de subordinación; (iii) en sede de revisión, la Corte requirió a la accionante para que “aporte las pruebas que considere pertinentes para demostrar que existió una relación de subordinación durante la ejecución del contrato celebrado con el Hotel Dayamar”, sin embargo, no se recibió respuesta alguna; (iv) en cambio la accionada, con la contestación de la demanda, aportó declaraciones extraprocesales rendidas de manera independiente, por el contador, un cliente del establecimiento y un tercero, en las que bajo gravedad de juramento, afirmaron que se ejecutó entre las partes un contrato de prestación de servicios (sin horarios y sin salario) y que la contratista faltó a los deberes consagrados en el contrato.

6.1.4. A partir de un análisis conjunto de las pruebas relacionadas, es posible concluir que en esta oportunidad no existen elementos probatorios que conduzcan a comprobar que bajo el contrato de prestación de servicios celebrado entre la accionante y el Hotel Dayamar, se haya ocultado una auténtica relación laboral, en tanto, no se logró demostrar, pese a

las pruebas solicitadas en sede de revisión, la presencia de la subordinación, como elemento estructural del contrato realidad.

6.1.5. De esta manera, la Sala considera que, al no cumplirse con el requisito consistente en “ la existencia de una relación laboral o de prestación, esta última cuando se esté frente a un contrato realidad ”, no resulta procedente en el caso concreto impartir medida de protección alguna.

6.1.6. Por último, sin perjuicio de lo anterior y en atención a la jurisprudencia constitucional [91] , advierte la Sala que la accionante podrá acudir a la jurisdicción ordinaria para ventilar sus pretensiones laborales, escenario propicio para que la peticionaria o el juez competente recauden el material probatorio necesario para comprobar o no la existencia de un contrato realidad.

III. CONCLUSIÓN. 1. Síntesis de los casos. 1.1. Caso A. (T-5.123.820). La señora María Alejandra Alvarado Florez interpuso acción de tutela contra la empresa Helicol S.A.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la maternidad, al debido proceso, a la salud, al trabajo, a la defensa y al mínimo vital , como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, bajo la causal de despido sin justa causa, pese a que se estaba embarazada y padecía de enfermedades de origen laboral.

1.1.1. La Sala de Revisión concede el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido, en razón a que se cumplen los requisitos establecidos en la Sentencia SU-070/13 para decretar las medidas de protección que se derivan del fuero de maternidad. En particular, cuando el empleador finaliza el contrato de trabajo a término indefinido, no invoca justa causa y no conoce del estado de gravidez de la trabajadora.

1.2. Caso B. (T-5.843.324). La señora Andrea Stefania Encizo Lozano interpuso acción de tutela contra la Nueva EPS, por considerar vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social, como consecuencia de la negativa del pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento que “ los días continuos de cotización [eran] inferiores a los de gestación ”.

1.2.1. La Sala de Revisión concede el amparo de los derechos al mínimo vital y la seguridad social de la accionante y de su hijo recién nacido, en razón a que, no es una razón aceptable constitucionalmente que las EPS nieguen el pago de la licencia de maternidad, argumentando que no se cotizó de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, cuando la trabajadora demuestra que aportó de manera razonable al sistema de salud durante su embarazo.

1.3. Caso C. (T-5.189.266). La señora Adriana María Medina Rondón interpuso acción de tutela contra el Hotel Dayamar, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y los derechos de los niños, como consecuencia de la terminación y no renovación del contrato de prestación de servicios, por el vencimiento del plazo pactado y la configuración de una causal objetiva (incumplimiento de funciones), pese a que estaba embarazada.

1.3.1. La Sala de Revisión declara improcedente la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, en razón a que, no se demostró que bajo la figura del contrato de prestación de servicios, se hubiera ocultado una verdadera relación laboral.

2. Decisiones 2.1. Caso A. (T-5.123.820) (i) Revocar la sentencia de tutela de segunda instancia, que confirmó el fallo de primera instancia, que a su vez, declaró improcedente la solicitud de amparo;

(ii) tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la salud y a la seguridad social de la accionante y de su hijo recién nacido; (iii) ordenar a la accionada que efectúe el pago de la licencia de maternidad a favor de la señora María Alejandra Alvarado Florez ; que proceda a reintegrar, a la demandante, si ella

está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió, acorde con su estado de salud actual; y efectúe el pago de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde el despido hasta el momento que se haga efectivo el reintegro. Procederá igualmente el cruce de cuentas de las sumas que le fueron entregadas por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

2.2. Caso B. (T-5.843.324). (i) Revocar la sentencia de tutela de única instancia, que negó la protección de los derechos invocados: (ii) tutelar los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante y de su hijo recién nacido; (iii) ordenar a la EPS accionada que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, efectúe a favor de la accionante el pago total de la correspondiente licencia de maternidad, en los términos señalados en la parte motiva de la presente providencia.

2.3. Caso C. (T-5.189.266). Confirmar la sentencia de tutela de única instancia que denegó por improcedente la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

3. Reglas de decisión. 3.1. Procede la protección reforzada derivada de la maternidad cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional:

a) la existencia de una relación laboral o de prestación, esta última cuando se esté frente a un contrato realidad y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

3.2. Una entidad promotora de salud viola el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer y de su hijo recién nacido, cuando le niega el reconocimiento de la licencia de maternidad, porque la peticionaria no cumplió el requisito de que las semanas cotizadas deben ser iguales a las de gestación.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- REVOCAR en el proceso T-5.123.820, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de junio de 2015, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de la misma ciudad, el 14 de mayo de 2015, por medio de la cual se declaró improcedente la protección de los derechos invocados y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora María Alejandra Alvarado Florez y de su hijo recién nacido.

Segundo.- ORDENAR a Helicol S.A.S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, (i) efectúe el pago de la licencia de maternidad a favor de la señora María Alejandra Alvarado Flórez ; (ii) proceda a reintegrar, a la demandante, si ella está de acuerdo, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando cuando se le despidió, acorde con su estado de salud actual; y (iii) efectúe el pago de los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde el despido hasta el momento que se haga efectivo el reintegro. Procederá igualmente el cruce de cuentas de las sumas que le fueron entregadas por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

Tercero.- REVOCAR en el proceso T-5.843.324, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué (Tolima), el 4 de agosto de 2015, por medio de la cual se negó la protección de los derechos invocados y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Andrea Stefania Encizo Lozano y de su hijo recién nacido.

Cuarto.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, efectúe a favor de la accionante el pago total de la correspondiente licencia de maternidad, en los términos señalados en la parte motiva de la presente providencia.

Quinto.- CONFIRMAR en el proceso T-5.189.266, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta (Norte de Santander), el 14 de abril de 2015, por medio de la cual se denegó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Adriana María Medina Rondón contra el Hotel Dayamar.

Sexto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 . Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Con aclaración de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-092/16 CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR- Información sobre estado de embarazo debe ser oportuna (Aclaración de voto) Referencia:

expediente acumulado Exp T-5.123.820, T- 5.184.324 y T-5.189.266. Acción de tutela instaurada por María Alejandra Alvarado Flórez contra Helicol S.A.S.

(T-5.123.820), Andrea Estefanía Enciso Lozano. contra Nueva EPS (T-5184.324), Y Adriana María Medina Rondón contra Hotel Dayamar (T-4.189.266).

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO Si bien comparto las decisiones adoptadas por la Sala de Revisión en los casos de la referencia, pues consultan el precedente de unificación [92] en los asuntos en los que la mujer embarazada formalmente está vinculada a través de contrato a término indefinido y contrato de prestación de servicios, así como lo señalado por la Corte en relación con el pago licencias de maternidad, estimo que en el expediente T-5.123.820, atendiendo al hecho de que el empleador no conoció el estado de embarazo al momento del despido, impone al juez de tutela tener en cuenta como pauta interpretativa e inspiradora en el análisis de las relaciones de trabajo el equilibrio social y el espíritu de coordinación económica.

A mi juicio, la orden de pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desconoce el principio fundante [93] que debe regir en el desarrollo de los contratos y relaciones de trabajo, como es lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Conforme las circunstancias del caso en concreto, no puede desconocer la Sala el hecho de que la trabajadora no puso en conocimiento su estado de gravidez al empleador, premisa fundamental para que opere la protección, inclusive de conformidad con lo dispuesto en la SU-070-2013. Ante tal circunstancia, la orden de pagar los salarios y prestaciones dejadas de percibir es inequitativa y contradice la justicia que debe imperar en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores. Lo anterior, por cuanto la necesidad del conocimiento de la empresa como exigencia legal para que opere la protección en el empleo, información que debe ser suministrada de manera oportuna, es fundamental. Solo en el momento en que el empleador queda advertido del estado de embarazo, se debe dar aplicación a lo señalado en la normativa laboral, lo contrario, pugnaría con la protección legal y constitucional. Lo que realmente debe censurarse es la discriminación en el empleo cuando existe la presunción del despido por motivo de embarazo, presunción que no puede operar ante la ignorancia del hecho.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto. Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] Según consta en las copias del contrato a término indefinido celebrado el 15 de mayo de

2006 entre la accionante y Helicol SAS, Fols. 37 a 43. En adelante, siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, excepto que se manifieste lo contrario.

[2] Según consta en las copias (i) del escrito del 23 de febrero de 2015, mediante el cual Helicol SAS comunicó a la accionante sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, Fol.25; (ii) de la liquidación final de prestaciones sociales, Fol.26; y (iii) del escrito del 18 de marzo del mismo año, mediante el cual la accionada revisó la liquidación de las prestaciones por solicitud de la actora, Fol.27.

[3] Fol. 30. Además, la accionante aportó la copia de los respectivos exámenes médicos de embarazo, con fecha del 5 de marzo de 2015, Fols. 31 y 32 [4] Según consta en la copia de la calificación de origen laboral expedida por la ARL Sura, el 21 de marzo de 2014 (Fols.28 y 29), en la cual manifiesta que está de acuerdo con el diagnóstico realizado por la EPS Santitas el 20 de febrero de 2013, Fol. 143. Así mismo, en las copias de las remisiones a terapias expedidas por la ARL Sura el 3 de marzo de 2015, Fols. 33 a 35, y en las copias de las citas y conceptos ocupacionales de la ARL mencionada, Fols.

146 a 191. [5] Fol. 48 [6] Fols. 55 a 76 [7] Fols. 87 a 89 [8] Fols. 97 a 106 [9] Fols. 206 a 212. [10] Fols. 3 a 8 del cuaderno de pruebas. [11] Según consta en la copia de la cédula de ciudadanía la accionante nació del 23 de julio de 1992, Fol.4.

[12] Según consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento el menor Joan Andrés Villareal Encizo nació el 22 de mayo de 2015, Fol. 5. [13] La Nueva EPS en la contestación de la acción de tutela confirmó que la accionante se encuentra afiliada desde el 5 de julio de 2013, actualmente, con el empleador Soluciones Múltiples y Efectivas, Fol.19 [14] Según consta en la copia de la “incapacidad” por causa “materna” expedida por la Clínica Tolima, el 23 de mayo de 2015, con fecha de inicio 22/05/2015 y fecha de finalización 27/08/2015, número de días 98, Fol. 7 [15] Fols. 19 a 23 [16] Fols. 19 a 23 [17] Fols. 15 a 18 [18] Fols. 24 y 25 [19] Fol. 23 [20] Fol. 26 [21] La representante del Hotel Dayamar aportó copia de tres declaraciones extraprocesales rendidas ante el Notario Segundo del Circulo de Cúcuta, el siete (7) y el ocho (8) de abril de 2015, por los señores (i) Jairo Arturo Saavedra Plata, (ii) Miguel Ángel Meza Barón y (iii) Jaime Rangel. En la primera, el señor Saavedra afirmó que era testigo de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito entre el hotel y la accionante; en la segunda, el señor Meza sostuvo que la actora “manejaba el cumplimiento de sus tareas de una manera tosca y grosera a los clientes que se querían hospedar en el hotel, al punto que les decía que se fueran si les daba la gana”; y en la tercera, el señor Rangel manifestó que, en calidad de cliente del hotel, fue testigo de la mala atención que prestaba la accionante como recepcionista, Fols.27 a 29 [22] Fol. 23 del cuaderno de pruebas, exp. T-5.123.820 [23] Fol. 47 del cuaderno de pruebas, exp. T-5.123.820 [24] Fol. 32 del cuaderno de pruebas, exp. T-5.184.324. Los folios que se citarán entre los pie de páginas 25 a 31 también hacen parte del cuaderno de pruebas mencionado.

[25] Fols. 23 a 30 [26] Fol. 9 [27] Fol. 33 [28] Fol. 34 [29] Fols. 35 y 36 [30] Fol. 37 [31] Fol. 38 y 39 [32] En ese sentido, en la Sentencia T-406/12, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte reiteró que: “...por regla general, la tutela no es el mecanismo idóneo para resolver conflictos relacionados con el reintegro. Sin embargo, excepcionalmente, cuando están en juego los derechos fundamentales de la mujer gestante y de quien está por nacer, tales derechos pueden ser protegidos a través de esta acción, toda vez que se trata de sujetos en condición de indefensión y por tal motivo merecen un trato especial por parte del Estado”.

[33] Conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela (Decreto 2591/91), esta Corte ha determinado 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.

” Cfr. Sentencia T-788 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [34] Cfr. Sentencia SU-070/13 M.P. Alex Julio Estrada. [35] *Ibídem*. [36] Sentencia T- 180/12, reiterada en la Sentencia T-656/14, ambas M.P.

María Victoria Calle Correa. [37] El especial cuidado a la mujer gestante y a la maternidad se justifica, igualmente, por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad que merece una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42), pues como ha sostenido esta Corte “si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.” [38] En ese sentido, la Corte en la Sentencia C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló:

“...este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados”.

[39] El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011, establece: “Artículo 239. Prohibición de despedir. //1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.//2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.// 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.// 4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.” [40] La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “ la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales ”.

[41] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 10.2 señala que “ se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

[42] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

[43] La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en el artículo 1 estipula: “ 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. [44] La precitada CADH, en el artículo 24 determina: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

[45] La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en el artículo 12.2 establece que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

[46] MP Alexei Julio Estrada [47] Sentencias T-589 de 2006, MP Jaime Araujo Rentería, T-362 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra, T-778 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, y T-1084 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[48] Ibídem. [49] Cfr. Sentencia T-148/14, MP Mauricio González Cuervo, que reiteró lo dispuesto en la Sentencia SU-070/13. [50] Hay precedentes incluso cuando se trata de trabajadoras en período de prueba (T-371 de 2009).

[51] La sentencia T-335 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, determinó que “Este tipo de análisis debe realizarlo el juez de tutela, únicamente cuando existen indicios de afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental. En otros casos, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral” [52] Ibídem.

[53] Decreto 47 del 2000, por medio del cual se reglamente la Ley 100/93. Artículo 3°, numeral 2°, establece: “ART. 3°- Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

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

[54] Decreto 1804 de 1999, Art. 21, num 1. En lo referente a este requisito, la Corte 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”.

Cfr. Sentencia T-368/15, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [55] Ibídem. [56] La Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte, en sentencia T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideró pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de consagrar un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de una prestación, frente a la necesidad de asegurar la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

[57] Así lo ha dispuesto la Corte de manera reiterada en las Sentencias T-1223/08 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-475/09 y T-554/12, ambas MP Jorge Iván Palacio Palacio, y Sentencia T-368/15, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[58] Ibídem. [59] Ver Sentencias T-377/07 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-148/14 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta última providencia, la Corte determinó que los empleadores demandados, incluidos aquellos que habían celebrado contratos de prestación de servicios, tenían legitimidad por pasiva en los procesos de tutela acumulados (6 casos), en razón a que tenían algún tipo de relación contractual con las trabajadoras demandantes (subordinación). Esto, sin perjuicio de que al analizar de fondo los casos concretos, en especial en los que se celebró contratos de prestación de servicios, se concluyera que no procedía la protección derivada del fuero de maternidad, por no configurarse los elementos de una verdadera relación laboral, por ejemplo, la subordinación (caso F. T-4.064.120).

[60] Sentencia SU-070/13 M.P. Alexi Julio Estrada. [61] Ver Sentencia T-999/03, MP. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-998/08. MP. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-475/09, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, T-216/10, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

[62] Fol. 495 [63] Fol. 1 [64] Fol. 1 [65] En la Sentencia T-148/14, M.P. Mauricio González Cuervo, este Tribunal estudió seis (6) acciones de tutela mediante las cuales las accionantes solicitaron la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, debido a que sus empleadores resolvieron terminar sus contratos de trabajo y prestación de servicios, pese a que se encontraban en estado de embarazo. En estos casos la Corte consideró sobre el requisito de subsidiariedad: “ Si bien la jurisdicción laboral, en principio, es la competente para conocer casos como los aquí planteados, dicho mecanismo no es idóneo en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, como sucede en los casos a estudiar ”.

[66] En las 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” [67] Fol. 26 [68] Fol. 30 [69] Fols. 37 a 43.

[70] Fols 31 y 32. [71] Supra II, 3.3.2.1. [72] Fol. 30 [73] De igual forma, resolvió la Corte el caso número 4 de la Sentencia SU-070/13, el cual tiene unos supuestos fácticos similares al asunto bajo estudio.

[74] Según consta en la copia del informe de puesto de estudio, la accionante se ocupaba de “ingresar al sistema herramientas y materiales de las naves, ingresar horas hombre en cada tarea y coordinar con demás áreas (almacén, técnicos, etc) el suministro oportuno de insumos necesarios para la operación de helicópteros y aviones”. Fol. 147 [75] Según consta en el registro de Cámara de Comercio de Bogotá, la empresa Helicol S.A.S. tiene por objeto principal el “desarrollo, fomento y explotación del servicio de transporte aéreo en el país y en el exterior, con helicópteros y cualquier otro tipo moderno de aeronave”.

Fol.78 [76] Fol. 20 [77] Fol. 7 [78] Ver Sentencias T-475/09, MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-210/10, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-049/11 MP.

María Victoria Calle Correa, T-554/12, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, T-368/15, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras. [79] *Ibidem*.

[80] Esta Corporación ha señalado que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.

Ver Sentencia C-122/11, MP. Juan Carlos Henao Pérez. [81] La actora allegó en sede de revisión, copia de la historia clínica en la que se constata que el período de gestación duró 40.5 semanas. Fol. 23 a 30 del cuaderno de pruebas, y copia del oficio del 3 de julio de 2015, mediante el cual la Nueva EPS certificó que la accionante cotizó 210 días de manera ininterrumpida y que el período de gestación duró 280 días.

Fols. 35 y 36 del cuaderno de pruebas. De igual forma, la Nueva EPS y la peticionaria aportaron copia del reporte histórico de los pagos que se efectuaron al Sistema de Seguridad Social en Salud, entre los meses de mayo de 2015 y noviembre de 2014, lo que demuestra que la peticionaria, por lo menos, cotizó durante 7 meses antes de la fecha del parto (22 de mayo de 2015), Fol 20 del cuaderno principal y Fols. 38 y 39 del cuaderno de pruebas.

[82] Cabe agregar que en la copia del reporte histórico se evidencia que la accionante luego del parto (22 de mayo de 2015) continuó aportando al sistema de salud hasta por lo menos diciembre de 2015.

[83] Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", el artículo 157, literal a) dispone: "Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud: 1.

Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley (...)" (Subrayado fuera del original) [84] Ley 100 de 1993, artículo 207. "De las licencias por maternidad.

Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC". (subrayado fuera del original) [85] Ley 100 de 1993, artículo 218. "Creación y operación del fondo.

Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política ..." [86] Decreto 2280 de 2004, "Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA", art. 2°. "Proceso de compensación. Se entiende por compensación el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del FOSYGA y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor".

[87] Decreto 4023 de 2011, "Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

Art. 4°. "Utilización de los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo. Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, se destinará para la constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. El Ministerio de la Protección Social definirá el porcentaje aplicable".

[88] Cfr. Sentencia T-136/08 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada por la Sentencia T-475/09, MP. Jorge Iván Palacio Palacio [89] Así, lo determinó la Corte en la Sentencia T-475/09, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, reiterada por la Sentencia T-216/10, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[90] Sentencia T-148/14, MP. Mauricio González Cuervo, caso F, expediente T-4.064.120, y caso B, expediente T-4.102.645. [91] *Ibíd.* [92] SU-070-2013.

[93] Artículo I o del Código Sustantivo del Trabajo La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:

Copia de consulta hecha el 5 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.