COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/387/06

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/387/06
Expediente	—
Fecha	2006-05-22
Sala	Sala Novena
Magistrado ponente	Dra CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Licencia De Maternidad
- Iv. Pruebas Que Obran En El Expediente

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Licencia de maternidad por negligencia en afiliación de trabajadora contrato suscrito entre la accionante y su empleadora se pacto un periodo de prueba, tal circunstancia no eximía a la empleadora de su obligación de afiliar

Texto completo

T-387-06 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-387/06 ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Subordinación EMPLEADOR- Afiliación de trabajadores a seguridad social/ EMPLEADOR- Sanciones por incumplimiento LICENCIA DE MATERNIDAD- Naturaleza/ LICENCIA DE MATERNIDAD- Requisitos para el reconocimiento y pago LICENCIA DE MATERNIDAD- Procedencia excepcional de tutela para el pago EMPLEADOR- Responsabilidad en pago de licencia de maternidad por negligencia en afiliación de trabajadora Si bien en el contrato suscrito entre la accionante y su empleadora se pacto un periodo de prueba, tal circunstancia no eximía a la empleadora de su obligación de afiliar sin dilación alguna al Sistema de Seguridad Social en Salud a su trabajadora a partir del momento en que se inició la relación laboral, es decir a partir del día 13 de julio de 2005 y no del 14 de octubre del mismo año, tres meses después de iniciada la relación laboral, con lo cual incumplió con sus obligaciones al mantener a su empleada durante ese tiempo sin protección en salud. Con tal proceder, la empleada no cumplió, por el actuar negligente de su patrona, con los periodos mínimos de cotización exigidos por las normas para acceder al pago de la licencia de maternidad por cuenta de la E.P.S. a la que se afilió en forma tardía. Por tanto, siendo evidente el incumplimiento por parte de la empleadora de su obligación de afiliar a su empleada una E.P.S.

desde el momento en que se inició su vinculación laboral, se genera como consecuencia directa de su proceder, la obligación de asumir en su totalidad y por su cuenta el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la accionante.

Reiteración de Jurisprudencia Referencia: expediente T-1304885 Acción de tutela instaurada por Yaned Patricia Cuestas Alvarez contra la E.P.S. Sanitas Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil seis (2006). La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS

HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, profiere la siguiente SENTENCIA en el proceso de revisión de los fallos proferidos el 23 de noviembre de 2005, por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C., y el 4 de enero de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Yaned Patricia Cuestas Álvarez contra la E.P.S. Sanitas.

I. ANTECEDENTES. El día 31 de octubre de 2005, la señora Yaned Patricia Cuestas Alvarez, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo David Santiago Cuestas Cuestas, interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Sanitas, por considerar que esa entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales de protección a la maternidad por el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho. Fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

Manifiesta la accionante que se desempeña como trabajadora del servicio doméstico, mediante contrato de trabajo a término fijo suscrito el 13 de julio de 2004, habiendo sido afiliada a la E.P.S. Sanitas el día 14 de octubre de 2004, fecha desde la cual, tanto ella como su empleadora han venido realizando la cotización y aportes de ley sin incurrir en mora alguna.

Afirma que pese a no informar sobre su estado de embarazo al momento de la a afiliación por no tener conocimiento del hecho, la E.P.S. accionada le brindó asistencia médica durante todo el embarazo sin inconveniente alguno.

El nacimiento de su hijo se verificó el día 17 de mayo de 2005, en la Clínica Palermo de la ciudad de Bogotá, D.C., razón por la cual le fue expedida la incapacidad médica por espacio de 84 días.

No obstante haber solicitado verbalmente a la E.P.S. accionada desde el 18 de mayo de 2005 el pago de la incapacidad médica y posteriormente mediante escrito de fecha 5 de agosto de 2005 invocando el derecho de petición, la entidad se ha negado a ello, argumentando por escrito de fecha 12 de agosto de 2005, que a la fecha del parto contaba con 30 semanas de afiliación y 40 semanas de gestación.

Reconoce que es cierto “...que las cuarenta (40) semanas de mi embarazo no fueron cotizadas completas en la E.P.S. SANITAS y antes de afiliarme a esta estuve afiliada en años anteriores al sistema de salud como beneficiaria de mi padre GERMAN CUESTAS GAVIRIA en CAJANAL E.P.S., de la que quede desvinculada por cumplir la mayoría de edad y desde entonces no coticé a ninguna E.P.S.

puesto que siempre he trabajado en casas de familia pero sin contrato formal y sin que me brindaran las garantías de ley, a lo cual accedía por mi necesidad económica, hasta que en el mes de julio de 2004 me vincule laboralmente con contrato formal con mi actual empleadora, la Sra CLARA SUSANA RODRIGUEZ ROMERO., razón por la cual empecé a cotizar en salud y en riesgos profesionales.” Manifiesta que la E.P.S. ha puesto en riesgo su sustento y el de su bebé por no pagarle la incapacidad, puesto que al no contar durante ese tiempo con ingreso alguno, debió contraer préstamos sobre los que ha tenido que pagar intereses diarios para lo que el sueldo no le alcanza.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA. En respuesta allegada al Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C., con fecha 8 de noviembre de 2005, el Representante Legal de la entidad accionada, solicita se declare improcedente la acción de tutela y se condene a la empleadora de la accionante al pago de la prestación solicitada.

En primer término sostiene que la entidad no se ha negado al reconocimiento y pago del subsidio económico derivado de la licencia de maternidad, en tanto que mediante el oficio GRLM1AD-1844-05, con el que se le dio respuesta al derecho de petición que interpuso, se le indicó que en razón a que no cumple con el periodo mínimo de cotización, debe allegar un documento que soporte las semanas de cotización que hubiere acumulado con otra entidad promotora de salud. Al

respecto reconoce que para la demandante es imposible obtener dicha prueba, dado que según sus propias manifestaciones, esta es la primera vez que se vincula al Sistema de Salud en calidad de afiliada cotizante.

También afirma que la E.P.S. no puede proceder al reconocimiento del subsidio, por cuanto la solicitante no reúne los requisitos exigidos por el numeral segundo del artículo 3º del Decreto 047 de 2000, toda vez que al haber sido afiliada a la E.P.S. a partir del 14 de octubre de 2004, "...es claro que para el mes de mayo de 2.005 contaba con un tiempo cotizado al sistema de salud inferior al mínimo legal establecido, pues desde su afiliación hasta la fecha del parto acumuló treinta y un (31) semanas de cotización, mientras que su hijo nació de cuarenta (40) semanas de gestación, es decir que a la accionante le hicieron falta nueve (09) semanas de cotización para que el sistema de salud estuviera obligado a reconocerle y ordenar el pago de la licencia de maternidad." Considera entonces, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, la responsable del reconocimiento del subsidio es la empleadora, toda vez que la trabajadora ingresó al servicio de su empleadora el 13 de julio de 2004 y su afiliación se produjo tres meses después de haber empezado a laborar y contando con dos meses de embarazo.

Agrega que con ello se evidencia uno de los casos en que las empleadas domésticas se ven afectadas por la negligencia de sus patrones. III. DECISIÓNES OBJETO DE REVISIÓN.

Primera Instancia. El Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C., niega el amparo solicitado tras considerar que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad perseguida por la accionante, no cumple con los requisitos exigidos por las normas reglamentarias, pues confrontadas las semanas de cotización con las de la gestación, concretamente con el momento del parto – 17 de mayo de 2005 -, la accionante contaba con tan solo 31 semanas de cotización de las 40 semanas mínimas exigidas por las normas, lo que significa que su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud fue tardía, en tanto que se realizó tres meses después de haber suscrito el contrato e iniciado las labores domésticas y dos meses después de haber iniciado su periodo de gestación.

Afirma también que la entidad accionada al contestar el derecho de petición presentado por la accionante, va más allá, al señalar que dado que el artículo 207 de la ley 100 de 1983, establece que el reconocimiento económico de las licencias de maternidad será financiado por el FOSYGA, las EPS están en la obligación de exigir el cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a este derecho, con lo cual la EPS no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante.

Por lo anterior, explica que teniendo en cuenta que el Parágrafo del artículo 161 de la ley 100 de 1993 señala las consecuencias que genera para el empleador no afiliar oportunamente a su trabajador, la accionante deberá determinar la posibilidad de acudir a otro mecanismo judicial - justicia ordinaria laboral - para hacer valer el derecho pretendido.

Segunda Instancia. Impugnada la anterior decisión, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., confirmó el fallo del a quo al considerar que el amparo por vía de tutela es improcedente de conformidad con la jurisprudencia constitucional, al no haberse satisfecho los requisitos legales para tener derecho a la acreencia solicitada, no obstante la accionante argumenta una afectación del mínimo vital por cuanto el salario que percibía como empleada del servicio doméstico constituía su única fuente de ingresos.

Sostiene que es evidente que la peticionaria no cotizó la totalidad del tiempo del embarazo, pues su afiliación se produjo tres meses después de haber suscrito el contrato de trabajo, y por tanto solamente cotizó 31 semanas de las 40 exigidas por la ley. En consecuencia, insiste en la existencia de otro mecanismo judicial al cual puede acudir la accionante para obtener el pago de su derecho.

IV. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE - Folio 4, fotocopia de la cédula de ciudadanía y carné de afiliación a la E.P.S.. - Folio 5, original de la Prescripción Incapacidad Médica por maternidad No.6364, expedida por 84 días a

partir del 17 de mayo de 2005, por la Ginecóloga Clara Hinestroza de la Clínica Palermo.

- Folio 6, fotocopia del Certificado de Nacido Vivo No A6627724. - Folio 7, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento, Indicativo Serial 39045243, correspondiente al menor David Santiago Cuestas Cuestas, nacido el 17 de mayo de 2005.

- Folio 8, fotocopia del contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, celebrado el 13 de julio de 2004, entre la accionante y la señora Clara Susana Rodríguez Romero para desempeñar oficios domésticos. El salario estipulado es de $358.000.oo pagaderos mensualmente, discriminados así: $250.000.oo en efectivo y $108.000.oo en especie.

- Folio 9, fotocopia del escrito de fecha 5 de agosto de 2005, mediante el cual la accionante invocando el derecho de petición, solicita a la E.P.S. Sanitas, se le reconozca y pague el valor correspondiente a la licencia de maternidad.

- Folio 15, fotocopia del oficio GRLM1AD-1844-05 de fecha 12 de agosto de 2005, mediante el cual el Gerente de Licencias Médica de la E.P.S. accionada dio respuesta al derecho de petición interpuesto por la accionante para solicitar el reconocimiento y pago de la prestación.

V. ACTUACION ADELANTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, mediante Auto de fecha 18 de abril de 2006, ordenó a la Secretaría General de esta Corporación poner en conocimiento de la señora Clara Susana Rodríguez Romero el contenido del presente expediente de tutela, con el propósito de que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico allí planteado.

Lo anterior por cuanto en el trámite de la presente acción de tutela promovida por la señora Yaned Patricia Cuestas Alvarez contra la E.P.S. Sanitas, se advirtió la existencia de una nulidad saneable por no haberse vinculado al proceso a la señora Clara Susana Rodríguez Romero, la cual puede verse afectada por una decisión en el trámite de esta tutela, particularmente frente a la Revisión que actualmente se surte ante esta Corporación.

En respuesta al requerimiento hecho por esta Sala de Revisión, mediante escrito recibido en esta Corporación en el término concedido, la señora Clara Susana Rodríguez Romero, se pronunció respecto de la presente tutela, y en especial respecto de los fallos proferidos por los Juzgados 3º Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá y 1º Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, en los siguientes términos, afirmando categóricamente que no es ella la obligada legalmente al pago de la prestación, sino la E.P.S. o el FOSYGA:

“Ambos funcionarios judiciales concurren en señalar que la E.P.S. no tiene la obligación de pagar la incapacidad de maternidad a la trabajadora porque, ella, o su empleadora, no cotizó al sistema en salud las 40 semanas de gestación y que es la empleadora la obligada a hacerlo. Al respecto debo decir que, si la E.P.S. no tiene la obligación legal de hacerlo, si tiene la obligación constitucional de hacerlo y repetir contra el FOSYGA porque debe proteger el derecho a la maternidad de la trabajadora y el mínimo vital a que ella tiene derecho con su bebé. El Sistema General de Seguridad Social en salud tiene un fondo denominado FOSYGA y es al que se debe acudir cuando las leyes los decretos y los reglamentos no amparen prestaciones que garantizan derechos fundamentales, tales como el que aquí se ventila.

“En cuanto a mi obligación de pagar dicha prestación, claro se le informó a la trabajadora que no lo hice por cuanto ella se encontraba en período de prueba y el contrato de trabajo laboral es un “contrato realidad”, es decir que prevalece la realidad de lo que aconteció por encima de lo que se escribió, ella lo sabe y aceptó que los dos primeros meses eran del periodo de prueba tal como lo refiere el Art. 77 del código sustantivo del trabajo y por esa razón la afilié al sistema hasta en el mes de octubre de 2004. Lo hice cuando transcurrió y aprobó el período de prueba, debiendo reconocer que me atrasé un mes en ir a efectuar la afiliación, pero un mes son 4 semanas y no 9 semanas que es lo que a ella le hacen falta. En el contrato decidimos dejar la fecha en que llegó a mi casa a trabajar, pero, como lo dije, fuimos claras en que había un periodo de prueba y que el contrato estaba sujeto a esa aprobación cuando pasaran dos meses de tiempo, ya que si no

rendía en el trabajo, o se presentaba algún problema, no se le contrataba. Por lo anterior el contrato de trabajo entre ella y mi persona existe desde el 14 de octubre de 2004, o, en peor de los casos desde el 14 de septiembre de 2004.” VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala decidir si la E.P.S. Sanitas o la señora Clara Susana Rodríguez Romero, como empleadora de la accionante, han vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria y de su menor hijo, al no haberle reconocido y pagado la licencia de maternidad a que tiene derecho por el nacimiento de su hijo.

La Sala hará referencia de manera general a la procedencia de la acción de tutela contra particulares; el deber del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social y las sanciones que su incumplimiento acarrea; la naturaleza de la licencia de maternidad, requisitos para su reconocimiento y pago y eventos en los que está a cargo del empleador, así como la procedencia excepcional de la acción de tutela en estos casos.

3. Procedencia de la tutela contra particulares respecto de los cuales existe subordinación. La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 contempló la procedencia de la acción de tutela contra particulares, siempre y cuando se esté bajo alguno de los siguientes presupuestos: que se trate de “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” Por su parte, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra la procedencia de la acción de tutela contra particulares como mecanismo judicial excepcional, en aquellos casos en los que se evidencie un estado de subordinación o indefensión del actor frente a la parte demandada que presuntamente ha vulnerado o amenazado sus derechos fundamentales.

[1] En el asunto bajo examen, la acción de tutela por éste aspecto, es procedente porque la accionante se encuentra en estado de subordinación, respecto de su empleadora, la señora Clara Susana Rodríguez Romero, en la medida en que existe entre ellas una relación laboral y de subordinación, para el desempeño de las labores del servicio doméstico.

La jurisprudencia constitucional tiene establecido que la subordinación hace referencia a un elemento jurídico de dependencia, que puede tener muchas manifestaciones, una de ellas lo constituye el vínculo de trabajo en cualquiera de sus formas. Por su parte, la indefensión, se presenta cuando la persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que debido a las condiciones que la rodean la dejan sin posibilidad efectiva de respuesta frente a la violación o amenaza de sus derechos.

Así lo ha entendido la Corte, al afirmar en Sentencia T-278 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, lo siguiente: “...el concepto de subordinación se refiere a la vinculación jurídica que el solicitante tiene con el sujeto generador de la violación, la cual lo obliga a deberle acatamiento y obediencia; mientras que la indefensión es esa situación relacional y fáctica en la que el diezmado en su derecho no puede oponerse efectivamente a la conducta agresora del demandado” .

4. Deber del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social. Sanciones por su incumplimiento. Conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Carta Política la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se consagra como un derecho irrenunciable a favor de todos los habitantes y por tanto se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Así, el derecho a la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y su carácter de derecho irrenunciable significa que ninguna persona puede renunciar a la seguridad social, así exista cláusula o pacto en contrario entre los sujetos de una relación laboral.

Ahora bien, una de las obligaciones básicas que tiene el empleador en toda relación laboral es afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, tanto en salud y en pensiones como en riesgos profesionales, y de trasladar los respectivos aportes a la entidad correspondiente con el fin de que aquellos gocen de protección durante todo el periodo laboral [2] .

No se trata de una mera liberalidad o de una acción potestativa del patrono sino de un deber que busca hacer efectiva la protección constitucional al trabajador y que hace parte de las condiciones dignas y justas que deben rodear las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 C.P.) [3] .

De esa manera ante cualquier eventualidad o afección de salud, el trabajador podrá acudir a las entidades respectivas para obtener la atención que sea necesaria, en razón a que la finalidad de la cobertura a seguridad social "es amparar a los trabajadores y a sus beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez." [4] En efecto, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 contempla la obligatoriedad para todos los habitantes de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, dispone que "le corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a dicho Sistema." El artículo 161 ibídem señala, como uno de los deberes del empleador, inscribir en alguna E.P.S.

"a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, ya sea verbal o escrita, temporal o permanente," so pena de ser los responsables de cubrir en su totalidad del valor de las prestaciones, pues tal descuido no puede trasladarse al trabajador.

Así lo dispone el Parágrafo del artículo 161 de la ley 100 de 1993: "PARÁGRAFO. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono.

La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente." (Subrayado fuera del texto) 5. Naturaleza de la licencia de maternidad. Requisitos para su reconocimiento y pago. Prestación a cargo del empleador cuando ha incumplido con sus obligaciones.

El artículo 43 de la Constitución Política establece que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial atención y protección del Estado. La Constitución, además, protege a las madres con el propósito de salvaguardar a los niños, cuyos derechos, según expreso mandato superior, prevalecen sobre los demás (Art. 44 de la Constitución Política).

Es evidente que la mujer en el momento del parto y durante el periodo posterior al mismo, requiere de la protección especial mencionada, toda vez que su capacidad física y laboral se ve disminuida notablemente.

Según la jurisprudencia constitucional, la licencia de maternidad entendida como el descanso remunerado en la época del parto y con posterioridad al mismo, tiene por objeto " permitir a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido, así como también brindarle al menor las condiciones que permitirán su desarrollo, no solamente físico sino también emocional y afectivo durante las primeras semanas de su vida".

[5] Así mismo, esta Corporación en sentencia T-999 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, consideró que dicha prestación económica tiene como finalidad reconocer y pagar en favor de la madre, un descanso remunerado que le permita "recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas

condiciones que si se encontrara laborando.” [6] La licencia de maternidad es una protección consagrada por la ley en beneficio de la maternidad. Es una prestación económica prevista en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, norma modificada por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, la cual dispone que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto y remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esta prestación reconocida, como todas las demás derivadas de ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 207, son asumidas por las entidades promotoras de salud con cargo al fondo de solidaridad del sistema de seguridad social en salud. Así lo estipula la mencionada disposición:

ART. 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.

En concordancia con lo dispuesto en la Ley, se expidió el Decreto Reglamentario 806 de 1998 en el que se previó: “CAPÍTULO VIII. Períodos mínimos de cotización.

“Art. 63 Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de la prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.” Esta norma es complementada con el Decreto 47 del 2000 en el que se establecieron los períodos mínimos de cotización para que se accediera a esta cobertura y el pago directo que debe efectuar el empleador en caso de que cotice un período inferior al de la gestación o incumpla con el pago en las condiciones previstas para el pago de las prestaciones económicas. En lo pertinente, el Decreto determina los siguiente:

“ART. 3º—Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

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

“Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.” Así entonces, el artículo 63 del decreto 806 de 1998 y el artículo 3º, numeral 2º del decreto 047 de 2000, establecen una serie de requisitos y periodos mínimos de cotización que deberá cumplir la trabajadora para el reconocimiento y pago de las licencias por maternidad por parte de la EPS a la cual se encuentre afiliada, como son: (i) haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación; (ii) haber cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de la solicitud;

(iii) haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho; (iv) no encontrarse en mora en dicho momento.

La normatividad anterior consagra el régimen vigente aplicable al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en tanto que determina a quién corresponde el pago, de dónde provienen los recursos para hacerlo y la sanción para los

empleadores que no afilien a sus empleados, coticen por períodos inferiores al periodo de la gestación, o lo hagan de manera extemporánea.

6. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad. Teniendo en cuenta que éste derecho es una prerrogativa de orden legal, en principio, deberá discutirse ante la jurisdicción ordinaria laboral. No obstante, la Corte ha considerando [7] que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental de la madre y del menor a una vida en condiciones dignas, cuando el valor que se percibe por éste concepto durante el período de licencia constituye su único sustento.

Al respecto, esta Corporación a través de múltiples providencias [8] , ha previsto la procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela para ordenar su pago, teniendo en cuenta que el otro mecanismo judicial con que cuenta la madre (acción ordinaria laboral) no resultaría eficaz o idóneo para proteger de forma inmediata su mínimo vital y el de su hijo.

Las reglas que la jurisprudencia de esta Corporación ha delineado para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad, fueron recogidas en sentencia T- 1014 de 2003, MP, Eduardo Montealegre Lynett, en los siguientes términos, a saber:

“ a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02).

b. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).

c. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

d. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01,T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02, T-707/02 y T-996/02).

e. Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo. (T-999/03).

” De lo anterior se infiere que la licencia de maternidad a pesar de ser una prestación de orden legal, puede ordenarse su pago por vía de tutela cuando su no reconocimiento vulnere la calidad de vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital de la madre e hijo. Para ello, la solicitud de amparo debe interponerse dentro del año siguiente al nacimiento del menor.

7. Caso Concreto. La señora Yaned Patricia Cuestas Alvarez, quien se desempeña como trabajadora del servicio doméstico mediante contrato de trabajo a término fijo celebrado con su empleadora la señora Clara Susana Rodríguez Romero, actuando en representación propia y de su menor hijo, David Santiago Cuestas Cuestas, presenta acción de tutela por considerar que la E.P.S. Sanitas ha vulnerado sus derechos fundamentales al negarle el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a pesar de haber realizado ininterrumpidamente las cotizaciones y aportes del ley.

La entidad accionada sostiene que no es posible proceder al reconocimiento del subsidio, por cuanto la peticionaria no reúne los requisitos exigidos por el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000, al no haber cotizado al Sistema durante todo el periodo de la gestación, toda vez que para el mes de mayo de 2005, época en que se llevó a cabo el nacimiento del menor, contaba con 31 semanas de cotización, lo que es inferior a las 40 semanas que corresponden al mínimo legal. Siendo evidente que le hicieron falta 9 semanas para tener el derecho al reconocimiento y pago de la prestación, toda vez que la afiliación se produjo tres meses después de empezar a laborar y contando con dos meses de embarazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la ley 100 de 1993, la responsable del pago del subsidio es la empleadora.

Los jueces de instancia, niegan el amparo solicitado, por considerar que la acción de tutela es improcedente toda vez que la accionante no cotizó la totalidad del tiempo del embarazo ya que su afiliación se produjo después de tres meses de haber suscrito el contrato de trabajo, con lo cual el reconocimiento y pago de la prestación reclamada le corresponde a la empleadora y no a la E.P.S. demandada, en la medida en que ésta no cumplió con su obligación.

Por su parte, esta Sala de Revisión vinculó al presente proceso de tutela a la señora Clara Susana Rodríguez Romero, teniendo en cuenta que si bien ésta no fue demandada, en su calidad de empleadora es la responsable de cumplir con el deber de afiliación oportuna al Sistema de Seguridad Social en Salud de sus trabajadores, so pena de hacerse acreedora a las sanciones legales. En su escrito de respuesta, consideró la señora Rodríguez que no es la persona obligada al pago de la prestación solicitada, toda vez que según lo acordado con su empleada, los primeros dos meses eran de periodo de prueba y por tal razón solamente procedió a su afiliación al vencimiento y aprobación de dicho periodo.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el expediente y la jurisprudencia trazada por esta Corporación señalada en las consideraciones generales de esta sentencia, se tiene lo siguiente:

La accionante suscribió el día 13 de julio de 2004, un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, para el desempeño de las labores domésticas, en el cual se pactó un periodo de prueba de 90 días y una remuneración mensual equivalente a $250.000.oo en efectivo y $108.000.oo en especie. (folio 8) Según el carné, la accionante fue afiliada a la E.P.S. Sanitas, a partir del 14 de octubre de 2004. (folio 4) De acuerdo con el registro civil de nacimiento obrante a folio 7 del expediente, el nacimiento de su menor hijo David Santiago Cuestas Cuestas, se verificó el día 17 de mayo de 2005.

Según consta en el certificado de nacido vivo, que reposa en fotocopia a folio 6, el tiempo de duración de la gestación fue de 40 semanas. A folio 5 del expediente, reposa certificado No.6364, que contiene la incapacidad por espacio de 84 días a partir del 17 de mayo de 2005.

En su escrito de tutela la accionante sostiene que sus cotizaciones por concepto de salud y riesgos profesionales solamente se efectuaron a partir de su vinculación laboral con la señora Clara Rodríguez, razón por la que reconoce no haber cotizado a la E.P.S. Sanitas las 40 semanas del embarazo. (folio 2).

Por su parte la empleadora afirma que la afiliación al Sistema se efectuó una vez transcurrió y aprobó el periodo de prueba y reconoce que: “...me atrasé un mes en ir a efectuar la afiliación, pero un mes son cuatro semanas y no 9 semanas que es lo que a ella le hacen falta.” Agrega que:

“...el contrato de trabajo entre ella y mi persona existe desde el 14 de octubre de 2004, o, en peor de los casos desde el 14 de septiembre de 2004.” De lo anterior se concluye claramente que si bien en el contrato suscrito entre la accionante y su empleadora se pacto un periodo de prueba, tal circunstancia no eximía a la señora Clara Rodríguez de su obligación de afiliar sin dilación alguna al Sistema de Seguridad Social en Salud a su trabajadora a partir del momento en que se inició la relación laboral, es decir a partir del día 13 de julio de 2005 y no del 14 de octubre del mismo año, tres meses después de iniciada la relación laboral, con lo cual incumplió con sus obligaciones al mantener a su empleada durante ese tiempo sin protección en salud.

Aunado a lo anterior, con tal proceder, la empleada no cumplió, por el actuar negligente de su patrona, con los periodos mínimos de cotización exigidos por las normas para acceder al pago de la licencia de maternidad por cuenta de la E.P.S. a la que se afilió en forma tardía. Es así como solamente completó 31 semanas de cotización a la E.P.S. Sanitas, de las 40 semanas que duró su gestación, en tanto que el nacimiento de su bebé se verificó el 17 de mayo de 2005 y su afiliación se produjo el 14 de octubre de 2005.

Para la Sala es clara la inobservancia, por parte de la señora Clara Rodríguez, de las disposiciones normativas reseñadas en esta providencia para el reconocimiento de la licencia de maternidad con cargo a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la señora Yaned Cuestas. Por tanto, siendo evidente el incumplimiento por parte de la empleadora de su obligación de afiliar a su empleada una E.P.S.

desde el momento en que se inició su vinculación laboral, se genera como consecuencia directa de su proceder, la obligación de asumir en su totalidad y por su cuenta el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la accionante.

Como se afirmó en líneas precedentes, ese descuido no puede trasladarse a la actora y dejarla totalmente desprotegida sin el pago de una licencia destinada a atender sus necesidades y las de su hijo y brindarle al menor adecuadas condiciones para su desarrollo físico, emocional y afectivo, ya que se desconocería así la protección constitucional que el ordenamiento constitucional – artículo 43 C.P.

- , otorga a las mujeres durante el embarazo y el periodo inmediatamente posterior al parto. Así las cosas, encontrando una vulneración del derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, la Corte revocará las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, mediante las cuales se le negó el pago a la actora y en su lugar ordenara el pago de la licencia de maternidad por 84 días a que tiene derecho, a cargo de la señora Clara Susana Rodríguez Romero.

Habiendo quedado claramente demostrado, que en razón al incumplimiento de sus obligaciones por parte de la empleadora, no es la E.P.S. accionada la obligada a cancelar la prestación económica reclamada, la Sala pasara a verificar si se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales reseñados en esta providencia que permiten la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en aras de proteger a la mujer embarazada y a su hijo recién nacido, Teniendo en cuenta que la acción de tutela fue interpuesta el 31 de octubre de 2005 y el nacimiento del menor David Santiago se efectuó el 17 de mayo de 2005, se concluye que la misma fue interpuesta oportunamente dentro del término señalado en la Sentencia T-999 de 2003, para efectos de obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

De otra parte, considera la Sala que en el caso objeto de estudio es claro que el no pago de la licencia de maternidad afecta el mínimo vital de la accionante y su hijo recién nacido. Del contrato de trabajo allegado al expediente, se establece que la accionante desempeña labores de servicio doméstico y devenga el salario mínimo, el cual es pagadero una parte en dinero y la otra en especie y además afirma que durante el tiempo que estuvo incapacitada no tuvo ingreso alguno, situación que la obligó a acudir a préstamos de dinero para solventar su manutención y la de su bebé, los cuales no ha podido cancelar por cuanto no ha recibido el pago de su incapacidad.

Así pues, es evidente que la peticionaria requiere del pago de su licencia de maternidad para garantizar su mínimo vital y el de su hijo. En tal sentido, la Corte ha señalado que:

“La protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido"

[9] . Así las cosas, en el presente caso, la Corte también encuentra una violación a los derechos a la vida y al mínimo vital así como a la protección especial de la mujer y el recién nacido, como consecuencia del incumplimiento por parte de la empleadora de reconocer y cancelar la licencia de maternidad de la accionante.

Por lo anterior, para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria y su menor hijo, se ordenará a la señora Clara Susana Rodríguez Romero reconocer y efectuar el pago de la licencia de maternidad, en un término no mayor de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia.

VII. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE:

Primero . REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C. y el proferido el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., que negaron el amparo solicitado y en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de la señora Yaned Patricia Cuestas Alvarez y de su hijo David Santiago Cuesta Cuesta.

Segundo. ORDENAR a la señora Clara Susana Rodríguez Romero que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda al reconocimiento y cancelación a la accionante de las sumas correspondientes a la licencia de maternidad.

Tercero. Por Secretaría General líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Sentencia T-172 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[2] Ver Sentencia T-005 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-557 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [3] Ver Sentencia T-120 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[4] Ver Sentencia T-382 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [5] Ver sentencia T- 640 de 2004 y T-559 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Ver sentencias T-743 A de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [7] Ver Sentencias T-584 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[8] Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-075, T-157, T-161, T-473, T-572, T-736 y T-1224 de 2001. [9] Sentencia T-270 de 1997.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 14 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.