

RECONOCIMIENTO DE LICENCIA DE MATERNIDAD A FUNCIONARIA EN LICENCIA ORDINARIA O NO REMUNERADA – Así no haya realizado aportes ininterrumpidamente durante la gestación al sistema de seguridad social de salud

Como se aprecia, esta norma [artículo 3 numeral 2 del Decreto 047 de 2000] establece haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el periodo de gestación como exigencia para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante, a renglón seguido instituye el deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando (i) exista relación laboral y (ii) se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumpla 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. Del anterior panorama normativo es evidente que el Decreto consagra en su artículo 3° una contradicción, cuya errónea interpretación no puede dar al traste con la salvaguarda del derecho a la maternidad e impedir el goce de la licencia, instituida precisamente para efectivizar la protección reforzada consagrada constitucionalmente tanto a la madre como a su recién nacido. Comprendemos entonces que, es el goce de ésta prestación el que efectiviza los postulados constitucionales señalados en líneas anteriores y por ello, para éste caso, en la aplicación del numeral 2° del artículo 3° y el inciso del mismo, habrá de preferirse este último en tanto que plasma el querer del constituyente aún en caso de mora en el pago de los aportes. (...) Si bien para la época, el ordenamiento [inciso segundo del artículo 71 del Decreto 806 de 1998] consagraba que no se hicieran los aportes en seguridad social a quienes disfrutaran de la licencia ordinaria, no debe olvidarse que lo efectivamente reclamado por la demandante no era otra cosa que el goce de la prestación dineraria originada en la licencia de maternidad, derecho que la entidad no podía negar apoyándose en razones de índole administrativa, como la insuficiencia de aportes. Además del vacío normativo producto de la nulidad se deriva una prescripción constitucional según la cual durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección. Es así, en tanto el principio constitucional de protección a la maternidad irradia el ordenamiento jurídico laboral y, se concreta para éste caso, en la regla consistente en que el empleador debe reconocer la licencia de maternidad al estar vigente la relación laboral y cotizarse en un periodo inferior al de la gestación, sin que pueda entenderse que hubo solución de continuidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la nulidad del inciso segundo del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, Consejo de Estado, sentencia de 22 de septiembre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente radicado con el No. 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06)

INDEMNIZACIÓN POR OTORGAMIENTO DE LICENCIA DE MATERNIDAD SIN REMUNERACIÓN

La licencia de maternidad, consagrada en el artículo 236 del C.S.T. comprende tanto el descanso – hoy de catorce semanas- como su remuneración correspondiente. En este sentido, advierte la Sala que no puede desdibujarse la figura, aceptando lo uno sin lo otro. Tampoco puede consentirse que empleador, que otorgue el descanso sin la remuneración quede exento de la sanción consagrada en el artículo 243 de la norma sustantiva laboral. Aceptar la tesis del Tribunal es desconocer la función de la indemnización que es extender la garantía del derecho al pago del salario o prestación, a través de un instrumento que cumple la función de servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar en su

integridad el derecho de la servidora y que hace parte del núcleo esencial del derecho. Si bien la norma indica que la trabajadora tendrá derecho como **indemnización** al doble de la remuneración de los descansos no concedidos, no puede entenderse allí el término descanso como la simple vacancia sino que se trata del “**descanso remunerado**” no concedido. En consecuencia, se impone para la Sala adicionar la condena impuesta en primera instancia y acceder a la pretensión de restablecimiento conforme al artículo 243 del C.S.T., por lo que corresponde ordenar a la Contraloría General de Antioquia a que a título de indemnización, pague a la actora el doble de la remuneración que le corresponda por la licencia de maternidad.

FUENTE FORMAL : CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO – ARTÍCULO 243

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / LICENCIA DE MATERNIDAD- Finalidad / PROTECCION ESPECIAL DOBLEMENTE REFORZADA – Comprende a la madre y el hijo /

El derecho a la vacancia laboral y a la remuneración durante el periodo posterior al parto para las madres embarazadas que den a luz un hijo, con el fin de permitirles, por una parte, asistir integralmente a los recién nacidos y, por otra, recuperar sus condiciones físicas y de salud, como consecuencia de su estado de gravidez. En este sentido el amparo a la maternidad contiene dos beneficios para la madre trabajadora: el descanso y la remuneración y, frente a ésta última se ha entendido que se trata de un derecho constitucional fundamental, cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada

NOTA DE RELATORIA: Sobre la protección doblemente reforzada de la licencia de maternidad, ver: Sentencia 2008 Corte Constitucional T-094 M.P. Rodrigo Escobar Gil;

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 43/ LEY 100 D 1993- ARTÍCULO 207 / DECRETO 806 DE 1998 / DECRETO 047 DE 2000 – ARTÍCULO 3 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 43 / / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 44/ / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 53 / CONVENIO 103 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / LEY 74 DE 1968 / LEY 50 DE 1990 / LEY 3135 DE 1968 / LEY 50 DE 1990

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 05001-23-31-000-2003-03647-01(1826-13)

Actor: LUZ MARINA MARTÍNEZ OSSA

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA

APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Conoce la Sala, de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de diciembre de 2012, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la actora pretende en síntesis, que se declare la nulidad de la Resolución No. 3755 de 16 de junio de 2003, proferida por el Contralor General de Antioquia, que le negó su solicitud de pago del auxilio de la licencia de maternidad, concedida entre el 10 abril y el 2 de junio de 2003.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la demandada a pagarle la licencia de maternidad, desde la fecha de nacimiento de su hija Andrea Pérez Martínez, el 10 de abril de 2003, hasta el vencimiento de la misma, el 2 de “julio” de ese año.

Que se condene a la demandada a la indemnización, por falta de pago, que establece el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, en razón al último salario diario de la demandante por cada día de retardo y hasta por 24 meses o hasta cuando el pago tenga lugar si el periodo es menor, a partir del día 3 de julio de 2003, cuando se produjo la desvinculación laboral de la actora.

Además, conforme a la misma norma, que se condene al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes 25 posterior al día 3 de julio de 2003 y hasta cuando el pago se verifique, siempre y cuando no se hubiere emitido pronunciamiento judicial.

Que se condene al pago de la indemnización por incumplimiento que establece el artículo 243 del Código Sustantivo de Trabajo, a razón del doble de la

remuneración del descanso que por licencia de maternidad no le fue pagada a la actora.

Se condene a la Contraloría General de Antioquia al pago de todas las sumas de dinero que aparezcan demostradas en el proceso; que las mismas se ajusten de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor, según el artículo 178 del Decreto 01 de 1984; se condene en costas y agencias en derecho y se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 177 del Decreto 01 de 1984.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El apoderado de la actora, en resumen, expuso los siguientes:

Indicó la demanda que, entre los días 2 de septiembre de 1996 y 2 de julio de 2003 la demandante estuvo vinculada como funcionaria de carrera administrativa de la Contraloría General de Antioquia, en el cargo de Profesional Universitario, Código 34002 adscrita a la Dirección de Responsabilidad Fiscal, con un salario mensual al momento de su retiro de \$2.029.272 pesos.

Ante una amenaza de parto prematuro, en su sexto mes de embarazo, solicitó licencia ordinaria o no remunerada y prórroga de la misma; mediante las Resoluciones Nos. 3222 de 16 de enero de 2003 y 3490 de 10 de marzo del mismo año el Contralor General de Antioquia autorizó dichas licencias, la primera por 60 días contados desde el 20 de enero al 20 de marzo de 2003, ambas fechas inclusive y la prórroga por 30 días contados a partir del 21 de marzo al 20 de abril de 2003.

De conformidad con el artículo 71, inciso 2° del Decreto 806 de 1998, en el periodo de licencia no remunerada y ordinaria no se hicieron los aportes a COOMEVA EPS correspondientes a la demandante por el término de 21 días del mes de febrero que fue cotizado por la Contraloría General de Antioquia,

Que el día 10 de abril de 2003, nació su hija Andrea Pérez Martínez y el día 28 de abril de 2003 COOMEVA EPS expidió certificado de licencia de maternidad a favor de la demandante por el lapso comprendido entre el 10 de abril y el 2 de julio de 2003, ambas fechas inclusive, sin ninguna suma por tal concepto.

Mediante Oficio dirigido a la Contraloría General de Antioquia, COOMEVA EPS, negó el pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad de la actora, aduciendo que ella no cumplió con el requisito previsto para el efecto por el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, que es haber cotizado al sistema de seguridad social durante todo el tiempo de gestación sin ninguna interrupción y que el artículo 236 del C.S.T subrogado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, establece que la licencia de maternidad se remunera con base en el salario que la trabajadora devengue al entrar a disfrutar del descanso. Que por ello, como la demandante, según COOMEVA no percibió salario durante la licencia no remunerada anterior al parto “*no existe una base posible de la prestación solicitada*”.

Ante la negativa de COOMEVA de cancelarle a la demandante los dineros correspondientes a su licencia de maternidad, el día 19 de mayo de 2003, la demandante presentó un memorial de solicitud en ese mismo sentido ante la Jefe de la Unidad de Personal y de Carrera Administrativa de la Contraloría General de Antioquia.

Que mediante Resolución No. 3755 de 2003 el Contralor General de Antioquia le negó la solicitud a la actora con base en que como la misma solicitó la licencia, no era posible acceder a su petición y que además habría lugar a un detrimento injustificado del patrimonio de la Contraloría General de Antioquia en caso de la entidad le efectuara el pago de la licencia, pues la EPS se había negado a reconocerlo.

Que dicha resolución le fue notificada a la demandante mediante Oficio No. 112290 de 16 de junio de 2003, suscrito por la Jefe de la Unidad de Personal y Carrera Administrativa de la Contraloría General de Antioquia.

CAUSA PETENDI DE NULIDAD¹

Violación de normas superiores. Citó los artículos 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política.

De orden legal citó el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, el artículo 3° numeral 2° inciso 2° del Decreto 047 de 2000; el artículo 71 inciso 2° del Decreto 806 de 1998.

¹ Ver folios 14 y 15 del primer cuaderno.

Concepto. Dijo que la entidad desconoció normas de rango constitucional y desprotegió derechos que gozan de especial protección del Estado.

Añadió que en el presente caso nos encontramos frente al vicio de falsa motivación en tanto que la Contraloría General de Antioquia efectuó una errada valoración de los hechos que la condujeron a una indebida aplicación del artículo 3°, numeral 2° del Decreto 047 de 2000 en tanto el Contralor General de Antioquia, negó su derecho cimentado en una errónea apreciación de circunstancias fácticas y jurídicas que rodean el derecho de la demandante respecto de la remuneración correspondiente a su licencia de maternidad.

Que la justificación de la negativa es incorrecta en tanto que para el caso de la actora, primero se deben verificar los requisitos previstos por el artículo 3°, numeral 2°, inciso 2° del Decreto Reglamentario 047 de 2000, para que sea la Contraloría quien deba pagarle a la actora la licencia de maternidad.

Debía verificarse además la existencia de la relación laboral, y que en el caso, durante el tiempo de la licencia ordinaria que la Contraloría le concedió a la demandante, ésta se suspendió pero no se disolvió, como se reconoce en Resolución No. 3755 de 16 de junio de 2003.

Manifestó, que la licencia ordinaria configura una de las situaciones administrativas previstas por el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y que por ende, el primer requisito señalado por el artículo 3°, numeral 2° inciso 2° del Decreto 047 de 2000 se cumple para que el empleador pague la licencia de maternidad.

Que de acuerdo al Decreto 047, para que el empleador sea responsable de pagarle al demandante su licencia de maternidad, debe haberse cotizado un periodo inferior al de la gestación en curso y que por ello se observa en el formulario de autoliquidación de aportes al sistema general de salud, en el periodo abril de 2003 que la Contraloría no cotizó por la señora MARTÍNEZ OSSA.

Que si bien el artículo 71, inciso 2° del Decreto 806 de 1998 indica en el caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho periodo, por parte del Decreto 047 de 2000, artículo 3° numeral 2°, inciso 2°, se obliga al empleador a cancelarle los dineros correspondientes a su licencia de maternidad atendiendo a que el vínculo laboral se mantiene.

Entonces la Contraloría General de Antioquia en su calidad de empleador, era la obligada a cancelarle los dineros correspondientes a su licencia de maternidad, conforme al artículo 3° numeral 2° del Decreto 047 de 2000, en armonía con el artículo 71, inciso 2° del Decreto 806 de 1998, pero el Contralor le resolvió de manera negativa su solicitud.

No se debe confundir la prestación del servicio médico asistencial con el aporte en salud como prestación económica inherente a la licencia de maternidad. Que es de obligatorio cumplimiento y que refleja unos periodos mínimos de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud y unas responsabilidades en cuanto a quien debe asumir el pago de este tipo de licencias, como lo es el artículo 3° del Decreto Reglamentario 047 de 2000.

Que el pago por parte de la Contraloría tiene sustento constitucional en los arts. 43, 44, 48 y 53, 236 del C.S.T., 3° del numeral 2°, inciso 2° del Decreto 047 de 2000 y 71 , inciso 2° del Decreto 806 de 1998.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La **Contraloría General de Antioquia** dio contestación a la demanda, en escrito de oposición a las pretensiones.

Indicó que la situación administrativa que dio lugar a que se suspendieran los aportes a la seguridad social fue consecuencia de la voluntad y necesidad del empleado, lo que se sustrajo de la esfera de la responsabilidad de la entidad y que por ello, la obligación de continuar cotizando a la EPS era exclusiva del funcionario frente al riesgo inminente de una licencia por maternidad.

No era obligación del empleador efectuar las cotizaciones en salud y que al no hacerlo era obligación del empleado cubrir la prestación económica derivada de la licencia de maternidad.

Añadió que la Resolución No. 3755 de 16 de junio de 2003 es seria y adecuada a la norma, artículo 71 inciso 2° del Decreto 806 de 1998. Que la suspensión genera un cese temporal de las obligaciones generadas por dicha desaparición y como no

² Visible a folios 53 y siguientes.

hay prestación del servicio tampoco hay lugar a la remuneración. Que con la negación de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad no se vulnera ningún derecho fundamental pues no se ha negado la protección a la actora como mujer embarazada ni a la hija de aquella.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda, en cuanto a que la Contraloría General de Antioquia no está en la obligación de cubrir una prestación económica que debe cumplir COOMEVA E.P.S. Que el Decreto 047 de 2000, reglamentario de la Ley 100 de 1993 trasladó la responsabilidad del pago de la licencia de maternidad a las Empresas Promotoras de Salud, que para el caso es COOMEVA E.P.S.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión de la Subsección Laboral, en sentencia de 12 de diciembre de 2012³, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión consideró el Tribunal necesario referirse a normas tales como el artículo 236 del CST modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990; dijo que éste se trata de un derecho con doble contenido económico temporal que surge de la relación laboral a favor de los empleados tanto del sector público como del privado y a cargo del empleador, o del sistema de seguridad social al cual se encuentren vinculados.

También se refirió al Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, artículos 33 a 36, en lo que respecta a la licencia de maternidad y la efectividad de las prestaciones, el artículo 236 del C.S.T. y al Decreto 047 de 2000, tema sobre el que concluyó que si bien el sistema de seguridad social en salud asiste al empleador en la obligación de reconocer la prestación económica de la licencia de maternidad, ello se hace en los precisos términos que determina la normativa que regula esas prestaciones sin perjuicio de que en caso de no cumplirse los periodos mínimos de cotización durante la gestación se deba asumir por el empleador la obligación respectiva como se percibe de la última norma que no sujeta el pago de la licencia de maternidad a un periodo mínimo de cotización o un número específico de semanas de vinculación durante el embarazo y que debe darse aplicación al inciso segundo del artículo 3° del Decreto 47 de 2000 que expresa que lo previsto en dicho numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación

³ Ver folios 82 a 91 vto.

laboral y se cotice por un periodo inferior al de la gestación en curso.

Que pese a que las disposiciones legales establecen la obligación de cotizar durante todo el periodo de gestación de la trabajadora para efectos del reconocimiento y pago del auxilio económico por licencia de maternidad por parte de la E.P.S., el hecho de que no se haya surtido la cotización por el periodo en mención no es óbice para el reconocimiento, pues la norma establece tal derecho a favor del empleado, sin que lo sujete a un periodo mínimo de vinculación y lo fija en cabeza del empleador, el que debe cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un periodo inferior al de la gestación en curso.

Que la normativa señaló la no obligación del empleador de pagar los aportes a la seguridad social cuando a la empleada se le haya concedido una licencia no remunerada, en el artículo 71 del Decreto 806 de 1998, empero el inciso segundo referente a la licencia o permiso concedido por el empleador, fue declarado nulo mediante sentencia de septiembre 22 de 2010, dentro del proceso radicado con el No. 1067-06 proferida por ésta Corporación con ponencia del Consejero Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Que allí se dijo que las situaciones administrativas relacionadas con la sanción disciplinaria y la licencia no remunerada no rompen la relación laboral y si bien dicho análisis se realizó para efectos de determinar la obligación que le asiste al empleador de realizar las correspondientes cotizaciones al sistema general, la obligación subsiste y por ende la norma resulta anulable. Dijo que la relación no se rompe en el caso de licencias no remuneradas.

Efectuó un análisis acerca de la especial protección reforzada a la mujer gestante cuando es despedida y no se encuentra vinculada a la entidad ordenando el reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir, hasta tanto se cumpla su licencia de maternidad y coligió que se le debe prodigar dicha protección reforzada a la mujer gestante que continúa vinculada laboralmente.

Concluyó que fue manifiesta la ilegalidad del acto acusado por cuanto se basó en una interpretación errada de la norma, al considerar que el hecho de corresponder a la EPS el pago de la licencia de maternidad exime de tal erogación.

Dijo que respecto de las pretensiones de restablecimiento sólo se accedería al pago del auxilio por maternidad correspondiente a 12 semanas y no así a la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST como quiera

que dicha norma es clara en establecer la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales pero solo a la terminación del contrato.

Tampoco accedió a la indemnización señalada en el artículo 243 del CST, por cuanto en este caso se concedió el periodo de descanso de la licencia de maternidad, pese a no reconocerse el factor prestacional del mismo.

LA APELACIÓN

Las partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

La parte demandante, señaló en su recurso⁴ frente a la negativa del *a quo* sobre la pretensión de ordenar el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, que si bien tal norma no sería en principio aplicable a las relaciones de carácter estatutario de los empleados públicos y las entidades del Estado por no existir entre ellos un contrato de trabajo, la protección a la maternidad por mandato constitucional y la extensión que hace el artículo 236 del CST de los beneficios derivados del descanso remunerado en el época del parto a los trabajadores del sector público configuran una unidad normativa entre los regímenes laborales vigentes para los trabajadores del sector privado y para los empleados oficiales en materias específicas como lo es la licencia de maternidad.

Que ante incumplimientos que afecten derechos regulados por el artículo 236, la indemnización de los perjuicios causados a la madre y a su hija recién nacida por el no pago de la licencia de maternidad a la terminación del vínculo laboral entre la empleada pública y la entidad estatal debe ser la prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Que al contrario de lo señalado por el *a quo*, en el expediente obra prueba de la terminación del vínculo laboral entre la empleada pública y la entidad estatal a partir del 3 de julio de 2003, es decir, un día después del cumplimiento de su licencia de maternidad cuyo pago le denegó la entidad demandada.

Que cumplida la licencia de maternidad el 2 de julio de 2003 la demandante se desvinculó de la Contraloría General de Antioquia el 3 de julio siguiente, sin que hasta el momento la entidad le haya abonado el salario correspondiente a los 84 días de ese periodo posparto.

⁴ Folios 92 y s.s.

Que una de las exigencias para la indemnización del artículo 65 del CST es el de elaboración jurisprudencial, como lo es la mala fe del empleador que no le paga al empleado los salarios debidos al momento de la terminación del contrato.

Añadió que en cumplimiento del inciso 2° del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, al no haberse pagado aportes a la seguridad social durante la licencia no remunerada que la Contraloría General de Antioquia le concedió a la señora Luz Marina Martínez Ossa, y al haber existido la relación laboral entre ambos durante la licencia de maternidad de la funcionaria, la obligada a pagar el auxilio correspondiente a esta licencia era la Contraloría General de Antioquia; que se trata de un hecho que no admite discusión porque la situación encaja en lo señalado por el Decreto 047 de 2000, como se le dijo al Contralor en la solicitud de pago.

Que el derecho reclamado por la actora merece protección legal y constitucional reforzada, como lo es la maternidad para asegurar al recién nacido el respeto de sus derechos que prevalecen sobre los demás y que además es obligación del Estado proteger a su hija para garantizarle un desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Manifestó que el Contralor no actuó de buena fe por proferir la resolución demandada al defraudar los intereses de su subalterna y de su hija recién nacida e impedir que el Estado cumpliera su deber de protección de los derechos de los niños y además en cuanto no fue legítima su decisión porque no había norma ni creencia razonable alguna que justificara su decisión.

La parte demandada interpuso recurso de apelación⁵, en el que señaló que la sentencia del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, fue proferida más de 7 años después de expedida la Resolución 3755 de 16 de junio de 2003, es decir al momento de otorgar la licencia no remunerada solicitada por la demandante y de decidir sobre la solicitud de la licencia de maternidad, la norma que establecía la obligación del empleador de no pagar los aportes a seguridad social en caso de licencia no remunerada se encontraba vigente y gozando de presunción de legalidad y que por ello, mal hubiera realizado dichos aportes, pues se habría realizado un mal pago que se concretaría en un detrimento patrimonial para la entidad.

Indicó que el artículo 57 del mismo Decreto 806 de 1998, al referirse a las

⁵ Obrante a folios 97 y s.s.

consecuencias de la suspensión de la afiliación luego de un mes de no pago de la correspondiente cotización, indica que el empleador deberá garantizar la prestación de los servicios cuando la suspensión sea por su causa, situación que en el caso concreto no se presenta pues fue la misma trabajadora quien solicitó la licencia no remunerada, periodo durante el cual la misma trabajadora debía realizar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al precepto normativo vigente hasta ese momento, la Contraloría tenía proscrito el pago de dichos aportes.

Que no se entiende como puede declararse la nulidad de la Resolución No. 3755 de 16 de junio de 2003 por considerar que la afecta el vicio de falsa motivación, si la normatividad en la que se fundamentaba estaba vigente en la fecha de su expedición y de ella se deduce que la Contraloría General de Antioquia no estaba en obligación de responder en las condiciones en que lo hubiera hecho al Sistema General de Seguridad Social, puesto que no fue por su causa que se dejaron de pagar los aportes sino que fue decisión de la misma afectada al solicitar la licencia no remunerada y es ella quien debía asumir los efectos de su propia actuación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora⁶ reiteró que es claro que la accionada obró conforme lo señalaba el artículo 71 del Decreto 806 de 1998 al abstenerse de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante la licencia no remunerada previa al parto, pero dicha deducción fue errada en tanto que la misma sólo disponía que el pago se hiciera durante ese lapso, pero no se especificó si era únicamente el empleador quien debía abstenerse de pagar a o si la prohibición también aplicaba al empleado.

Que es evidente la obligación de la Contraloría General de Antioquia pues no hay en el ordenamiento constitucional o legal o jurisprudencia norma o sentencia que legitime al ente demandado para proceder de manera contraria a su deber ineludible de proteger a la madre y a su hija. Por el contrario, la legislación y la jurisprudencia han sido reiterativas en exigir que se les brinde protección y que no existe algún margen de duda que pudiera llevar a la Contraloría General de Antioquia a la conclusión de estar exonerada del pago de la licencia de maternidad. Que por ello debe concederse la indemnización que obra en el artículo 65 del CST.

⁶ Ver folios 126 y siguientes.

Que existe unidad de materia o conexidad temática entre los artículos 236 y 65 del mismo CST en el sentido que el no reconocimiento injusto y falta de buena fe de la prestación económica por parte de la entidad estatal empleadora en perjuicio de los derechos fundamentales del niño recién nacido.

Que debe ordenarse la indemnización del artículo 65 del CST solicitada en tanto que el vínculo de la actora terminó el 3 de julio de 2003 y por ello, el derecho violado es una prestación debida y la demandante presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, antes de los 24 meses señalados en la norma.

Que el solo nacimiento de la niña forzaba a la protección de parte del empleador porque la EPS se había negado a brindarla ante el no cumplimiento de los requisitos, que son dos momentos distintos, uno es la licencia no remunerada anterior al nacimiento sin aportes al sistema y el otro es el parto y la obligatoriedad indiscutible del amparo en la forma de la prestación económica; y que la exoneración de hacer los aportes en el primer momento no conlleva la exoneración de pagar la prestación en el segundo como cree la accionada.

Que la indolencia e insensibilidad del Contralor General de Antioquia frente a las múltiples necesidades que normalmente debe enfrentar una madre con su hijo recién nacido y desvirtúa cualquier presunción de buena fe del Jefe del ente de control demandado al decidir quitarle sin justificación alguna el ingreso a la demandante durante los días inmediatamente posteriores al parto.

El **apoderado de la Contraloría General de Antioquia** y el señor Procurador 2° Delegado ante el Consejo de Estado guardaron silencio.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el auxilio de licencia de maternidad, acorde con lo señalado en el Decreto 047 de 2000⁷ y si aunado a lo anterior, debe condenarse a la Contraloría General de Antioquia al reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 65 y 243 del CST.

⁷ Proferido por el Presidente de la República, "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones"

En razón a que la sentencia fue apelada tanto por la parte actora como por la parte demandada, esta Corporación está facultada para resolver sin limitaciones tal como lo permite el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de esta providencia, para dilucidar el problema jurídico propuesto, la Sala abordará tópicos tales como la licencia de maternidad desde el punto de vista constitucional y legal, y los mecanismos de protección, la legalidad del artículo 17 del Decreto 806 de 1998, artículo 71 y su contraposición con el Decreto 047 de 2000, artículo 3° numeral 2° inciso 2°; para finalmente, entrar a la solución de la controversia que nos ocupa.

1. La protección a la maternidad.

1.1. La licencia de maternidad y sus implicaciones constitucionales y legales.

De acuerdo con la Constitución Política en su artículo 43, la maternidad goza de una especial protección, tanto para el periodo gestacional como el de la lactancia, al señalar que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación y que durante el embarazo y después del parto gozará de especial protección del Estado, principio fundante que conlleva en sí mismo la protección a la niñez, y que declina en la protección de sus derechos como sujetos especial protección.

En valioso pronunciamiento, la Corte Constitucional, nos indica que se trata de un caso de especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que ***“forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad. // No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección”***.⁸

En este sentido, debe recordarse que el artículo 44 constitucional sobre la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas, consagra que ***“Son derechos***

⁸ Sentencia T-1212 de 2005 con ponencia de la Magistrada Doctora Clara Inés Vargas Hernández. Negrilla de la Sala.

fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

Ahora bien, el artículo 53 de la Carta Política en el inciso 2° define como **principio mínimo fundamental** para la expedición del estatuto del trabajo *“la protección especial a la mujer, y a la maternidad”*, como pilar de las normas que regulan el derecho laboral en Colombia. Empero, el ordenamiento nacional en si mismo no agota la protección a la maternidad sino que mediante la aplicación de normas de orden internacional, por vía del bloque de constitucionalidad integran en algunos casos al ordenamiento constitucional colombiano, robusteciendo la protección señalada.

Así, podemos citar el Convenio No. 3 sobre la Protección de la Maternidad de 1919 proferido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio 103 de 1952 proferido igualmente por la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, acerca de los derechos de las madres gestantes, y de los menores que están por nacer, al igual que prerrogativas y privilegios económicos y sociales. Estos y otros establecieron, que a la mujer embarazada se le deberán proporcionar prestaciones pecuniarias en cuantía que garanticen a ella y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado⁹.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia T- 094 de 2008, con ponencia del Magistrado Doctor Rodrigo Escobar Gil, señaló que tanto el constituyente como el legislador han establecido *“una protección de naturaleza especial para la mujer durante el período de gestación y después del parto. Dicha manifestación tuitiva del Estado es consecuencia de la comprensión que el Constituyente de 1991 tuvo acerca de los principios, valores y derechos que de la Constitución emanan y que irradian a la sociedad colombiana. Así, la solidaridad, la igualdad, los derechos fundamentales de los niños y la comprensión de la familia como núcleo esencial de la sociedad, entre otros, sirven de sustrato a las*

⁹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 numeral 2° señala que *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Colombia prevé el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto y el reconocimiento de la licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. El artículo 9° del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“Protocolo de San Salvador”*, aprobado por la Ley 319 de 1996, contempla como derecho a la seguridad social, cuando se trate de mujeres, la *“licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”*.

figuras jurídicas de protección a la mujer. Corolario de lo anterior es la concreción de diferentes tipos de mecanismos de amparo de las mujeres en su contexto familiar como lo son, por vía de ilustración, la protección reforzada a las mujeres cabeza de familia y de las mujeres en estado de embarazo”. Se resalta.

Las normas citadas definen el derecho a la vacancia laboral y a la remuneración durante el periodo posterior al parto para las madres embarazadas que den a luz un hijo, con el fin de permitirles, por una parte, asistir integralmente a los recién nacidos y, por otra, recuperar sus condiciones físicas y de salud, como consecuencia de su estado de gravidez.

En este sentido el amparo a la maternidad contiene dos beneficios para la madre trabajadora: el descanso y la remuneración y, frente a ésta última se ha entendido que se trata de un derecho constitucional fundamental, cuando ello tiende a la satisfacción del mínimo vital de la mujer embarazada¹⁰.

Corolario de lo anterior, es que el Estado debe promover las acciones necesarias para proteger los intereses jurídicos de las madres que den a luz a sus hijos, e igualmente, de estos últimos, que como se dijo prevalecen en el ordenamiento.

Ahora bien, desde la Ley 53 de 1938, se protegió la maternidad estableciéndose que toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas y empresas de carácter oficial o particular, tiene derecho en la época del parto a una licencia remunerada (art. 1º).

Luego, el Decreto Reglamentario 1632 de 1938, modificado por el Decreto 953 de 1939, prescribió que durante el tiempo de la licencia, el patrono pagará a la trabajadora la remuneración que ella haya tenido durante el último mes de trabajo; cuando se trate de trabajo a destajo o tarea, la remuneración será la que haya ganado la trabajadora durante los últimos treinta días de ocupación anterior a la licencia.

Para el sector público, el Decreto Ley 3135 de 1968, “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*” en su artículo 14 contempló como prestación a cargo de las entidades de previsión y a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales la asistencia obstétrica y el auxilio por maternidad. El artículo 19 dispuso:

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“La empleada o trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de ocho semanas, pagadera por la respectiva entidad de previsión social, en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.”

El Decreto Reglamentario 1848 de 1969 señaló en su artículo 33 que *“Toda empleada oficial que se halle en estado de embarazo tiene derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada por el término de ocho (8) semanas”* y el artículo 35 dispuso que *“En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las prestaciones siguientes: a) económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores.”*

Posteriormente el Decreto Ley 1045 de 1978 *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”* previó que las entidades de previsión reconocieran y pagaran en los términos fijados por la ley, entre otras prestaciones sociales el auxilio de maternidad.

Luego, la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”* en su artículo 34 reformó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y dispuso que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso y añadió que tales beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

Acto continuo, la Ley 100 de 1993 señaló en su artículo 207, que el auxilio de maternidad se reconocería *“... de conformidad con las disposiciones legales vigentes...”* y el Decreto 806 de 1998 *“Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”* consagró que el régimen contributivo garantizaría a sus afiliados cotizantes entre otros beneficios el subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad sin definir su cuantía, razón por la que se ha considerado que en esta materia debe estarse a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 y demás normas pertinentes, como lo ha sostenido en varias ocasiones la Sala de Consulta y Servicio Civil de ésta Corporación las consultas 1203 de 1999¹¹ y 1830

¹¹ *“(...) la ley 4ª no regula específicamente las prestaciones sociales de maternidad o enfermedad general, por tanto, las disposiciones legales vigentes al respecto, aplicables a los empleados públicos del orden nacional, son las que prevé la ley 50 de 1990 en relación con la prestación económica por maternidad; el decreto ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1969 lo son para las demás prestaciones, en las cuales se incluyen las asistenciales de salud, tanto por maternidad como por enfermedad general y la prestación económica correspondiente a esta última (...) En consecuencia, el legislador determina el monto de la*

de 2 de agosto de 2007.

Ahora bien, la Ley 50 de 1990, artículo 236, fue modificado por la Ley 1468 de 2011, que incrementó los términos de la licencia a 14 semanas:

“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

Ahora bien, a través del Decreto 806 de 1998¹² "Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional", dispuso:

“Artículo 63. Licencias de maternidad.

El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de Maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como

prestación económica por maternidad, con base en “el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso” (art. 34 ley 50 de 1990), y por salario se entienden

todas las sumas que habitual y periódicamente recibe la empleada como retribución por sus servicios, es decir, todo lo devengado por la empleada en el momento iniciar de la licencia.”

¹² Proferido por el Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de la contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, literal k) del artículo 1° de la Ley 10 de 1990, los artículos 154, 157, 159, 163, 164, 166, 167, 169 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 23 de la Ley 344 de 1996.

mínimo por un período igual al período de gestación.”

Sobre este requisito la Corte Constitucional en sentencia T- 139 de 1999 señaló que el requisito señalado era nugatorio de los derechos de las madres gestantes, situación que devenía en la inaplicación de la norma:

“4.3. el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, está fijando un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido¹³.”

Continuó el mismo Decreto en el artículo 71, imponiendo restricciones pero ésta vez frente a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, tema sobre el que ésta Corporación se pronunció.

Veamos lo que dijo la norma:

ARTÍCULO 71, COTIZACIONES DURANTE EL PERIODO DE HUELGA O SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.

En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.”

Como se dijo, el aparte normativo en subrayas fue declarado nulo por la Sección Segunda de ésta Corporación a través de sentencia de 22 de septiembre de 2010, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente radicado con el No. 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06), en el que se señaló básicamente que al exonerarse al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos,

¹³ Sentencia T-139 de 1999.

además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral.

Volviendo al tema, el Decreto 047 de 2000¹⁴ “*por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones*” dispone frente a períodos mínimos de cotización para el acceso a la licencia de maternidad lo siguiente:

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

1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

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.

Parágrafo. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con

¹⁴ Proferido por el Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.” Se resalta.

Como se aprecia, esta norma establece haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el periodo de gestación como exigencia para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no obstante, a renglón seguido instituye el deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando (i) exista relación laboral y (ii) se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumpla 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.

Del anterior panorama normativo es evidente que el Decreto consagra en su artículo 3° una contradicción, cuya errónea interpretación no puede dar al traste con la salvaguarda del derecho a la maternidad e impedir el goce de la licencia, instituida precisamente para efectivizar la protección reforzada consagrada constitucionalmente tanto a la madre como a su recién nacido.

Comprendemos entonces que, es el goce de ésta prestación el que efectiviza los postulados constitucionales señalados en líneas anteriores y por ello, para éste caso, en la aplicación del numeral 2° del artículo 3° y el inciso del mismo, habrá de preferirse este último¹⁵ en tanto que plasma el querer del constituyente aún en caso de mora en el pago de los aportes.

Es de anotar que la Corte Constitucional ha establecido algunas reglas para la interpretación de éste aparte normativo, consistente en que *“En aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.”*¹⁶

¹⁵ *“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.”*

¹⁶ Sentencia T- 1062 de 2012, Magistrado Ponente Doctor Alexei Julio Estrada.

Empero, ésta Sala considera que la interpretación de la Corte deja por fuera casos en que la relación laboral se encuentre vigente y ocurre la mora del empleador en el pago de los aportes, circunstancia que no puede deponer los derechos de la madre gestante, por lo que, como se dijo, para este caso se impone la aplicación del inciso segundo¹⁷ del numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000.

Ahora bien, el argumento de apelación de la accionada se refiere básicamente a que la sentencia que declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, fue proferida más de 7 años después de expedida la Resolución 3755 de 16 de junio de 2003 y que por ello, al momento de otorgar la licencia no remunerada solicitada por la demandante y de decidir sobre la solicitud de la licencia de maternidad, la norma que establecía la obligación del empleador de no pagar los aportes a seguridad social se encontraba vigente y gozando de presunción de legalidad.

Le asiste razón al apelante en cuanto a que la Sección Segunda de ésta Corporación¹⁸ declaró la nulidad del aparte normativo en mención el 22 de diciembre de 2010, es decir, con posterioridad a la emisión del acto demandado, sin embargo no puede aceptarse que durante la vigencia de tal artículo se justificaba la desprotección del derecho a la maternidad y con ello, el goce de la licencia de maternidad, pues nótese que el inciso del numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, **impone que el empleador debe reconocer la licencia de maternidad al estar vigente la relación laboral y cotizarse en un periodo inferior al de la gestación.**

Si bien para la época, el ordenamiento consagraba que no se hicieran los aportes en seguridad social a quienes disfrutaran de la licencia ordinaria, no debe olvidarse que lo efectivamente reclamado por la demandante no era otra cosa que el goce de la prestación dineraria originada en la licencia de maternidad, derecho que la entidad no podía negar apoyándose en razones de índole administrativa, como la insuficiencia de aportes.

Además del vacío normativo producto de la nulidad se deriva una prescripción constitucional según la cual durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección. Es así, en tanto el principio constitucional de protección a la maternidad irradia el ordenamiento jurídico laboral y, se concreta para éste caso, en la regla consistente en que el empleador debe reconocer la licencia de maternidad al estar vigente la relación laboral y cotizarse

¹⁷ “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”.

¹⁸ Sentencia de 22 de septiembre de 2010, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente radicado con el No. 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06),

en un periodo inferior al de la gestación, sin que pueda entenderse que hubo solución de continuidad.

Si bien no son materia de debate los efectos de la sentencia de nulidad en el tiempo, corresponde señalar que aunque en el momento de la expedición del acto demandado, las dos normas subsistían en el ordenamiento jurídico, debía atenderse a aquella que resolvía la situación a la luz de los postulados constitucionales, como era la que permitía el reconocimiento de la licencia de maternidad y con ello la protección de la actora y su hija recién nacida, como lo es el inciso del numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000.

Nótese además que en el mismo acto demandado la entidad consideró que efectivamente el vínculo laboral seguía vigente durante el término de disfrute de la licencia ordinaria, razón adicional a la que debió atender la entidad para conceder la licencia conforme a la norma en cita.

Estas consideraciones fundamentan la necesidad de entender que debía darse al caso una interpretación de la regulación jurídica de manera conforme a la Constitución, en tanto que el derecho no es letra muerta, sino que es un articulado que cobra verdadera vida en la medida en que se protegen de manera eficaz los derechos de los asociados acorde con los postulados constitucionales. Otro tipo de interpretación iría en contravía con los principios que ha querido garantizar la Carta Política, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de ésta Corporación.

En este sentido se comparte la decisión del *a quo* al señalar que no era legítima la decisión de la administración contenida en el acto demandado, al negar el derecho de la actora al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, razón por la que no salen avante los argumentos de apelación de la entidad accionada.

Ahora bien, considera el apelante apoderado de la actora, que debió accederse a las pretensiones de condena consistentes en el pago de las indemnizaciones señaladas en los artículos 65 del C.S.T y 243 del mismo cuerpo normativo.

La primera pretensión indemnizatoria fue negada por el Tribunal al considerar que ésta se impone sólo a la terminación del contrato. No obstante, la accionante sostiene que el *a quo* incurre en un error pues la terminación del contrato se dio al día siguiente de la terminación de la licencia de maternidad, es decir el **3 de julio de 2003** y que como no se le ha cancelado a la actora la mencionada licencia es procedente la indemnización que consagra la norma.

En efecto, el artículo 65 del C.S.T.¹⁹, consagra una sanción al empleador cuando al finalizar la relación laboral omite el pago de salarios y prestaciones debidas.

Sin embargo, debe atenderse a que en este caso el agotamiento de la vía gubernativa, a través de la cual se solicitó el pago de la licencia de maternidad ocurrió el **19 de mayo de 2003** (fl. 40) y el acto demandado Resolución No. 3755, fue proferido el **16 de junio de 2003**, previo a la terminación del vínculo laboral, es decir, el **3 de julio de 2003**²⁰.

Significa lo anterior, que lo que acá se juzga es la voluntad de la administración plasmada en un acto administrativo que se profirió antes de la terminación del vínculo laboral, y no la negativa de la administración de cancelar los salarios y prestaciones debidos a la finalización de la relación laboral; por ello, pese a asistirle derecho a la actora al pago de la licencia de maternidad, no puede accederse a la indemnización que consagra la norma en cita, en atención a que se atentaría contra el privilegio de la decisión previa de la administración y el derecho a la defensa de la Contraloría General de Antioquia, pues como se dijo, lo que acá se está juzgando es la voluntad de la entidad desplegada antes de la finalización de la licencia de maternidad y aceptación de renuncia de la actora.

¹⁹ **ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.**

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Aparte en negrilla INEXEQUIBLE. mediante Sentencia C-781-03 de 10 de septiembre de 2003. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1o. *Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.*

PARÁGRAFO 2o. *Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

²⁰ A través de Resolución No. 3830 de 3 de julio de 2003, obrante a folio 46, se dispuso modificar la Resolución No. 3827 de 1° de julio de 2003, en el sentido de aceptar la renuncia de la actora a partir del 3 de julio de 2003.

Situación diferente es la que ocurre con la indemnización señalada en el artículo 243 del CST, que fue negada por el *a quo* al argumentar que la indemnización surge como una forma de sancionar la actitud omisiva del empleador en otorgar el respectivo periodo de vacancia por maternidad o aborto, pero no así cuando se concede efectivamente el descanso faltando únicamente por reconocer el factor prestacional económico del mismo.

El artículo que impone la indemnización señala:

*“ARTICULO 243. INCUMPLIMIENTO. En caso de que el empleador no cumpla con la obligación de otorgar **los descansos remunerados** de que tratan los artículos 236 y 237, la trabajadora tiene derecho, como indemnización, al doble de la remuneración de los descansos no concedidos.” **Se resalta***

Al respecto y como se analizó en precedencia, se colige que la licencia de maternidad, consagrada en el artículo 236 del C.S.T. comprende tanto el descanso – hoy de catorce semanas- como su remuneración correspondiente. En este sentido, advierte la Sala que no puede desdibujarse la figura, aceptando lo uno sin lo otro. Tampoco puede consentirse que empleador, que otorgue el descanso sin la remuneración quede exento de la sanción consagrada en el artículo 243 de la norma sustantiva laboral.

Aceptar la tesis del Tribunal es desconocer la función de la indemnización que es extender la garantía del derecho al pago del salario o prestación, a través de un instrumento que cumple la función de servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar en su integridad el derecho de la servidora y que hace parte del núcleo esencial del derecho.

Si bien la norma indica que la trabajadora tendrá derecho como **indemnización** al doble de la remuneración de los descansos no concedidos, no puede entenderse allí el término descanso como la simple vacancia sino que se trata del “**descanso remunerado**” no concedido.

En consecuencia, se impone para la Sala adicionar la condena impuesta en primera instancia y acceder a la pretensión de restablecimiento conforme al artículo 243 del C.S.T., por lo que corresponde ordenar a la Contraloría General de Antioquia a que a título de indemnización, pague a la actora el doble de la remuneración que le corresponda por la licencia de maternidad.

Para el cumplimiento del pago de la indemnización, se aplicará la fórmula señalada por el *a quo*, en la sentencia -folio 90-, atendiendo a las previsiones de los artículos 177 y 178 del Decreto 01 de 1984.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- SE CONFIRMA parcialmente la sentencia de 12 de diciembre de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso promovido por LUZ MARINA MARTÍNEZ OSSA contra la Contraloría General de Antioquia, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- SE ADICIONA la sentencia señalada en el numeral anterior, en el sentido de condenar a la Contraloría General de Antioquia a pagar a la señora LUZ MARINA MARTÍNEZ OSSA, a título de indemnización, el doble de la remuneración que le corresponda por la licencia de maternidad.

TERCERO.- Para el cumplimiento del pago de la indemnización señalada en el numeral anterior, se aplicará la fórmula indicada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, conforme a las previsiones de los artículos 176 a 178 del Decreto 01 de 1984, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO