

ACCION DE TUTELA - Procedencia excepcional para obtener el pago de acreencias laborales / VIOLACION DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Falta pago de la licencia de maternidad / VIOLACION DEL DERECHO DE PETICION - Falta de pago de la licencia de maternidad / LICENCIA DE MATERNIDAD - Procedencia de la acción de tutela para obtener su pago

La licencia de maternidad está instituída como una prestación protectora de la mujer en estado de embarazo, a cargo del empleador, que contiene dos beneficios para la madre trabajadora: Por un lado, le otorga un descanso que le permite recuperarse del parto y permanecer al lado de su hijo; por el otro, supone el pago de una remuneración equivalente al salario que la mujer se encontraba devengando al momento de entrar a disfrutar del descanso. Sin lugar a dudas, la licencia bajo estudio constituye una de las máximas garantías propias de un Estado Social de Derecho para la madre trabajadora. Además por la finalidad que persigue esta prestación, lo mínimo que puede esperarse, es que su pago se realice en forma oportuna y completa, en aras de facilitar el bienestar de la madre inactiva y de la criatura que acaba de nacer. En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la improcedencia de la acción de tutela para lograr el pago de prestaciones sociales, por cuanto existen otros medios de defensa judicial frente a tales derechos. Sin embargo, ha manifestado que en situaciones excepcionales, dicho mecanismo es procedente para obtener la cancelación de deudas laborales, como cuando se busca la protección de derechos fundamentales vulnerados y frente a los cuales, los mecanismos ordinarios no ofrecen la efectividad necesaria. Es claro que corresponde al juez de tutela examinar, en cada caso concreto, la situación particular por la que atraviesa el solicitante, a fin de lograr determinar la procedencia o no de la acción de tutela para la obtención del pago de prestaciones sociales, cuya mora o falta de cancelación compromete derechos fundamentales. Solo en circunstancias extraordinarias, cuando sea patente la vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela se constituye en el medio necesario para ejecutar el cobro de prestaciones de tipo laboral. En el sub-judice, la actora pretende que esta jurisdicción, en sede tutela, ordene a la E.P.S. "SALUD TOTAL" pagar el saldo que aún le adeuda por concepto de licencia de maternidad. Dado que la licencia de maternidad busca proteger, tanto a la madre como a la criatura, la Corte Constitucional ha considerado que están de por medio los derechos de ambos, razón por la cual, si la madre no cuenta con los recursos suficientes para la subsistencia (mínimo vital), se ponen en peligro, no solo sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, entre otras, sino también los del recién nacido, motivo pro el cual, ante estas circunstancias es procedente la acción de tutela. Al respecto la Corte Constitucional precisó dos aspectos fundamentales en sentencia T-093/99. En aplicación de tal criterio, se estableció que pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos, era necesario aplicar el principio de favorabilidad para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no vieses desmejorados sus derechos. Derechos que, pese a tener un carácter económico, son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido, razón por la que, excepcionalmente, pueden ser reconocidos a través de la acción de tutela, como expresamente lo advirtió en la sentencia T-568/96, Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias T-104/99, T-175/97 y T-093/99 de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil (2000)

Radicación número: 73001-23-31-000-2000-09718-01(AC)

Actor: JACKELINE ORJUELA GALVEZ DE NADER

Demandado: SALUD TOTAL E.P.S.

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 25 de enero del 2000, por cuya virtud, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Jackeline Orjuela Galvez de Nader.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA . El 11 de enero del 2000, la señora Jackeline Orjuela Galvez, en ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, concurrió ante el Tribunal Administrativo del Tolima, buscando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y de petición, vulnerados, en su sentir, por “Salud Total” E.P.S., al no haberle cancelado la totalidad del valor que le fuera reconocido por concepto de licencia de maternidad.

LA CAUSA PETENDI. Los hechos que sirvieron como fundamento de la acción, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Desde el 5 de abril de 1999, la señora Jackeline Orjuela Galvez, se encuentra afiliada, en su calidad de empleada dependiente del señor Carlos René Orjuela, a la Entidad Promotora de Salud “SALUD TOTAL”.

2. El 8 de octubre de 1999, la mencionada E.P.S expidió a la actora, el Certificado de Incapacidad/Licencia de Maternidad No. 126396 por el término de 84 días a partir del 24 de septiembre hasta el 21 de diciembre del mismo año. En

dicho certificado se reconoció la suma de \$662.667.00 m/cte por tal concepto. Sin embargo, a la actora solo le fueron desembolsados \$47.333.00.

3. Mediante oficio del 13 de diciembre de 1999, el Jefe de Prestaciones Económicas de SALUD TOTAL E.P.S. le informó a la accionante lo siguiente:

“Salud Total recibió el pago de los aportes correspondientes a la afiliación de la Señora Chamorro en la siguiente forma:

- En el mes de septiembre, se recibió el pago el día veintisiete (27) de septiembre de 1.999 en forma extemporánea.
- En el mes de octubre, se recibió el pago el día veintiocho (28) de octubre de 1.999 en forma extemporánea.
- En el mes de noviembre, se recibió el pago el día diecisiete (17) de noviembre de 1.999 en forma extemporánea.
- En el mes de diciembre, se recibió el pago el día diez (los de diciembre de 1.999 en forma oportuna.
- La licencia de maternidad inició el día veintinueve (29) de septiembre hasta el veintiuno (21) de diciembre de 1.999.

Por tanto, atendiendo a los pagos realizados, no es procedente el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a cargo del Sistema por los días en que la afiliación se encontraba en mora, de conformidad con lo establecido por el Decreto (sic) de 1.998 que al tenor reza:

“ARTICULO 8°.- FINANCIACION. (...) PARAGRAFO. En los casos de mora el empleador o el pagador de la pensión, responsable, deberá asumir el costo de las prestaciones económicas y las incluidas en el POS, sin perjuicio de su obligación de cancelar la totalidad de las cotizaciones atrasadas al sistema”. (Subrayado del documento)

Por tal razón, no hay reconocimiento económico por parte del Sistema entre el primero (1°) hasta el veintisiete (27) de octubre de 1.999, y entre el primero (1°) hasta el dieciséis (16) de noviembre de 1.999, periodos en los cuales se encontraba en mora.” (Folios 2-4)

4. La actora considera que la decisión de la E.P.S no tiene ninguna justificación, toda vez que si en realidad ella se encontrara en mora de pagar sus aportes, dicha entidad no le hubiera prestado el servicio médico y hospitalario que requirió para su parto.

5. Finalmente, sostiene que su empleador no pudo haber incurrido en mora, por cuanto la normatividad que rige el servicio de salud no establece una fecha exacta para realizar los aportes a las entidades promotoras de salud, sino que simplemente establece que estos deben realizarse dentro de cada mensualidad, sin importar la fecha, como ocurrió en este caso. Además, si “Salud Total” E.P.S. hubiera encontrado algún impedimento para reconocer la licencia de

maternidad, “no hubiese hecho su liquidación, ni hubiese autorizado su pago, como tampoco hubiese hecho el abono o pago parcial”.

LA PETICION La demandante solicita, que por vía de tutela, se ordene a la entidad demandada, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, se ordene a “Salud Total” E.P.S. pagarle el saldo insoluto del valor que le fuera reconocido por concepto de licencia de maternidad mediante certificado de incapacidad No. 126396. (Folio 8)

LA POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.- Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de enero del año en curso, la representante legal de “Salud Total” E.P.S. se pronunció sobre los hechos objeto de la solicitud de tutela, en los siguientes términos:

“Cabe aclarar que Salud total (sic), no se refiere en modo alguno al derecho a la licencia de maternidad causado en favor de la señora Orjuela al momento del parto, pues ésta E.P.S. es conocedora que el derecho (sic) en favor de la trabajadora se causa en el momento mismo en que tiene lugar el parto con criatura viable, y en tal sentido lo que Salud Total discute y no resuelve de manera favorable es el pago de la totalidad de la licencia de maternidad con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por aquellos períodos en que existió mora del empleador en el pago, y que en ese orden de ideas, corresponde al empleador el pago de la licencia por los mismos, en razón a la mora en que incurrió en el pago de las cotizaciones.

(...)

Es pues la sanción que las autoridades han previsto para el empleador, que debiendo proceder al descuento del salario del trabajador en el porcentaje que a este corresponde, y que debe adicionar con el porcentaje que corresponde al empleador por el solo hecho de serlo, y proceder al giro oportuno de tales recursos, los retiene en forma injustificada en desmedro del Sistema de Salud, dificultando el funcionamiento del mismo.

Y finalmente, es del caso aclarar, que los recursos con los cuales, las entidades promotoras de salud, efectúan el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad de las afiliadas cotizantes del régimen contributivo, no pertenecen a las EPS, por el contrario, el mecanismo se resume en que la EPS efectúa el pago de las licencias, y posteriormente descuenta y apropia del dinero (sic) recaudado por concepto de licencias de maternidad.” (Folios 39 a 44)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Tribunal Administrativo del Tolima denegó las súplicas de la demanda, por considerar que la actora cuenta con la acción ordinaria laboral para la protección de los derechos que estima

conculcados.

Reiteró que la acción de tutela no puede ser utilizada como mecanismo para sustituir las instancias ordinarias, salvo que se intente como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable, y que dado que en el sub-judice, no se evidenciaba la vulneración de ningún derecho fundamental como consecuencia del no pago total de la licencia de maternidad, la acción intentada por la señora Jackeline Orjuela Galvez, se tornaba improcedente. (Folios 24 a 26)

LA IMPUGNACIÓN . La actora, inconforme con la sentencia de primera instancia, la impugnó, pues considera que a diferencia de lo que sostiene el Tribunal, si se le está causando un perjuicio irremediable como consecuencia del no pago completo de su licencia de maternidad , toda vez que se encuentra atravesando por una difícil situación económica.

Adicionalmente, sostiene que la acción ordinaria no es procedente en su caso, dado que no se está pretendiendo un reconocimiento económico en su favor sino el pago de un derecho adquirido, ya reconocido y liquidado por la entidad demandada, circunstancia que, a su juicio, si requiere del pronunciamiento favorable del juez, en sede de tutela. (Folios 47 a 48)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA LICENCIA DE MATERNIDAD

La Constitución Política de 1.991 estableció una protección especial para la mujer durante la época del embarazo y posterior al parto, en los siguientes términos:

“ARTICULO 43: La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.”

De igual forma, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, la mujer en estado de gravidez y su hijo, no solo gozan de protección especial por mandato constitucional, sino también por lo establecido en los diversos convenios y tratados internacionales que Colombia ha ratificado, los

cuales, según lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política¹, constituyen el bloque de constitucionalidad. Esto significa, que tales disposiciones tienen fuerza vinculante, es decir, son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades de la República como para los particulares.

De tales disposiciones, vale la pena destacar la contenida en Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por Colombia mediante Ley 51 de 1981, en la cual se dispuso:

"Artículo 11. 1. (...)

"2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para :

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales..."

Igualmente, el artículo 10 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por Colombia mediante la ley 74 de 1.968², dispone:

"ARTICULO 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1.- (...)

2.- Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas a la seguridad social." (...)

El Código Sustantivo del Trabajo reguló de manera específica la figura de la licencia de maternidad, dentro del capítulo de las prestaciones patronales comunes. Así, en su artículo 236 (subrogado por el artículo 34 de la ley 50 de

¹ **Artículo 93:** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

² **Ley 74 de 1968:** "Por la cual se aprueba los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1.966".

1990) dispuso:

“ARTICULO 236.- Descanso remunerado en la época del parto:

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.”

La Corte Constitucional ha sostenido que la Licencia de Maternidad, cumple con un objetivo primordial, cual es brindarle a la madre el descanso suficiente para recuperarse del parto y permitirle permanecer al lado del recién nacido con el fin de prodigarle los cuidados necesarios. Este descanso debe ser remunerado con el salario que la mujer gestante devengue al momento de entrar a disfrutar de la licencia, habida cuenta que este se constituye en un auxilio importante para la recuperación de la madre y el bienestar del recién nacido.³

En conclusión, la licencia de maternidad esta estatuida como una prestación protectora de la mujer en estado de embarazo, a cargo del empleador, que contiene dos beneficios para la madre trabajadora: Por un lado, le otorga un descanso que le permite recuperarse del parto y permanecer al lado de su hijo; por el otro, supone el pago de una remuneración equivalente al salario que la mujer se encontraba devengando al momento de entrar a disfrutar del descanso.

Así las cosas, sin lugar a dudas, la licencia bajo estudio constituye una de las máximas garantías propias de un Estado Social de Derecho para la madre trabajadora. Además, por la finalidad que persigue esta prestación, lo mínimo que puede esperarse, es que su pago se realice en forma oportuna y completa, en aras de facilitar el bienestar de la madre inactiva y de la criatura que acaba de nacer.

2. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES.

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la improcedencia de la acción de tutela para lograr el pago de prestaciones sociales, por cuanto existen otros medios de defensa judicial frente a tales derechos. Sin embargo, ha manifestado que en situaciones excepcionales, dicho

³ **Corte Constitucional.** Sentencia T-104 de 1999. En este mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-093 de 1999, T-792 de 1998, T-662 de 1997, T-270 de 1997, T-568 de 1996, entre otras.

mecanismo es procedente para obtener la cancelación de deudas laborales, como cuando se busca la protección de derechos fundamentales vulnerados y frente a los cuales, los mecanismos ordinarios no ofrecen la efectividad necesaria.

Para el efecto, vale la pena recordar la sentencia T-175 de 1997, en la cual se precisó que:

“..., la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si bien es cierto la Corte ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente.

“Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho al trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T-608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996); que es posible restaurar, por la vía del amparo, la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996).

“En todos los casos mencionados la jurisprudencia ha entendido que se desvirtuaría la Carta Política, en cuanto se quebrantaría la prevalencia del derecho sustancial, el acceso efectivo a la justicia y el principio de economía procesal, en detrimento de los derechos fundamentales en juego, si se forzara el uso del medio judicial ordinario, a sabiendas de su ineptitud en el caso concreto, cerrando de manera absoluta la vía contemplada en el artículo 86 de la Constitución. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-01 del 21 de enero de 1997.)” (Destaca la Sala)

En consecuencia, es claro que corresponde al juez de tutela examinar, en cada caso concreto, la situación particular por la que atraviesa el solicitante, a fin de lograr determinar la procedencia o no de la acción de tutela para la obtención del pago de prestaciones sociales, cuya mora o falta de cancelación compromete derechos fundamentales.

Todo lo anterior, por cuanto la acción de tutela no es una acción de cobro. Las pretensiones señaladas por el legislador para uno y otro tipo de acción son sustancialmente diferentes. Como se ha destacado en varias oportunidades, la primera de ellas busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, mientras que la segunda tiene como objetivo primordial que el juez ordene al demandado el cumplimiento de una obligación adquirida.

En conclusión, solo en circunstancias extraordinarias, cuando sea patente la vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela se constituye en el medio necesario para ejecutar el cobro de prestaciones de tipo laboral.

En el sub-judice, la actora pretende que esta jurisdicción, en sede de tutela, ordene a la E.P.S. "SALUD TOTAL" pagar el saldo que aún le adeuda por concepto de licencia de maternidad (\$615.334.00), toda vez que pese a que mediante el Certificado de Incapacidad/Licencia de Maternidad No. 126396 se le reconoció como "valor de liquidación" por concepto de la aludida prestación, la suma de \$662.667 pesos m/cte, hasta la fecha de presentación de la demanda (ya vencido el tiempo de licencia de maternidad), la demandada solo le ha cancelado la suma de \$47.333.00 pesos.

Pese a que ya se hizo alusión a la tesis de la Corte Constitucional en cuanto a la procedencia general de la acción de tutela para reclamar el pago de acreencias derivadas de las relaciones laborales, la Sala considera necesario realizar algunas precisiones sobre la posición que esa misma Corporación ha sentado frente al caso particular de las licencias de maternidad, a fin de establecer si en el sub-exámene, la situación de la actora se circunscribe en alguna de tales circunstancias fácticas en que, según la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela está llamada a prosperar.

a). Pago de la Licencia de Maternidad cuando se encuentra en peligro el mínimo vital de la madre trabajadora.

Aunque las circunstancias fácticas concretas que han dado origen a los diferentes fallos de tutela revisadas por la Corte son diversas, las razones que dicha Corporación ha encontrado para conceder el amparo se encuentran fundadas en la protección que el Estado debe brindar a la mujer embarazada y a

su hijo recién nacido y a las circunstancias de debilidad económica manifiesta en que ésta se pueda encontrar, poniéndose en peligro su mínimo vital. Adicionalmente, pone de presente que no solo se pretende proteger a la madre en estado de gravidez, sino también a la criatura que acaba de nacer, razón por la cual, el amparo debe prosperar a fin de garantizar la adecuada recuperación de la madre, que se encuentra inactiva en razón a su estado, y el adecuado desarrollo y sostenimiento del menor.

Así, por ejemplo, las circunstancias predominantes han sido aquéllas en que la mujer gestante solicita el pago de su licencia de maternidad a la entidad correspondiente, y ésta se niega a realizarlo por considerar, entre otras cosas, que los pagos se realizan en estricto orden cronológico, que no hay suficiente apropiación presupuestal, que la entidad recurrida no es competente o que la solicitante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para reclamar dicha prestación.

En sentencia T-792 de 1998, la Corte precisó lo siguiente:

“La Carta Política de 1991, estableció una especial protección para aquellas personas que son manifiestamente débiles en la sociedad como lo son los niños, las personas de la tercera edad, y las mujeres en estado de embarazo. Para estas últimas, la protección no sólo se extiende durante su período de gestación, sino además se prolonga después del parto, incluso dándose un subsidio de alimentación si entonces se encontrase desamparada o sin empleo. Obviamente la protección se dará respecto de ella como de su hijo desde el momento mismo de la concepción. En reiteradas sentencias proferidas por esta Corporación⁴, se ha puesto de presente esa especial protección que merecen las mujeres embarazadas, tanto a nivel constitucional como a través de tratados y convenios internacionales.”

De igual forma, en sentencia T-568 de 1996 dijo:

“Como se observó en el acápite anterior, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.

“El auxilio de maternidad corresponde a un derecho de origen legal cuyo sustento constitucional se encuentra en los artículos 43 y 53 de la C.P.

⁴En relación con este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-606 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-106 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-710 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía y T-662 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Como quiera que para su pago coactivo existe un medio judicial ordinario - el proceso ejecutivo -, suficientemente idóneo, en principio no es de recibo que este tipo de reclamaciones se surta a través de la acción de tutela (C.P. art. 86). En el caso presente, la determinación del sujeto público que debe asumir el pago de la prestación, lo mismo que su cancelación efectiva, son extremos que están por fuera de la jurisdicción constitucional.

“Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso ejecutivo laboral, algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas.

“En este sentido, se ha señalado - en situaciones particulares que no pueden generalizarse - tratándose de la empleada gestante de escasos recursos que reclama el pago oportuno de un derecho social indiscutiblemente radicado en su cabeza, que la vía ordinaria resultaría inapropiada, pues en sus circunstancias especiales, la oportunidad de contar con recursos para atender el parto y el período inmediatamente posterior es lo que definitivamente tiene importancia (Corte Constitucional, sentencia T-606 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz).”

Entonces, dado que la licencia de maternidad busca proteger, tanto a la madre como a la criatura, la Corte ha considerado que están de por medio los derechos de ambos, razón por la cual, si la madre no cuenta con los recursos suficientes para su subsistencia (mínimo vital), se ponen en peligro, no solo sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, entre otros, sino también los del recién nacido, motivo por el cual, ante estas circunstancias es procedente la acción de tutela.

Además, no debe perderse de vista que la licencia en comento es remunerada con el salario que devenga la madre al momento de entrar a disfrutar de su descanso, luego, su no pago, también atenta contra su derecho fundamental al pago oportuno del salario, entendiendo este último concepto como todas las cantidades que el trabajador recibe derivadas de la relación laboral⁵; así, sin duda, la prestación estudiada también ha sido considerada como salario, y en consecuencia, procedente la acción de tutela cuando, como ya se dijo antes, se encuentra en peligro el mínimo vital de la trabajadora, teniendo en cuenta que de lo recibido como contraprestación a su trabajo (salario-licencia de maternidad) depende la subsistencia del trabajador.

En este sentido, la Corte ha resuelto ordenar, por vía de tutela, el pago de la

⁵Sentencia SU-995 de 1999. CORTE CONSTITUCIONAL.

licencia de maternidad adeudada a la madre trabajadora, en aras de proteger su mínimo vital y el de la criatura recién nacida. (En este mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-792 de 1998, T-270 de 1997 y t-568 de 1996, entre otras.)

b) Procedencia de la acción de tutela para reclamar pago de licencia de maternidad, por aplicación de norma existente al iniciarse el embarazo (Principio de Favorabilidad normativa).

La situación fáctica que ha dado origen al pronunciamiento de la Corte Constitucional en este sentido puede sintetizarse de la siguiente manera:

En vigencia del decreto 1938 de 1994, que establecía como requisito para acceder a las prestaciones derivadas de la incapacidad por licencia de maternidad, un tiempo de cotización mínima de doce (12) semanas, muchas mujeres se afiliaron a diferentes E.P.S. . Encontrándose en estado de embarazo, se presentó un cambio de legislación definido por el Decreto 806 de 1998, (que derogaba en forma expresa el Decreto 1938 de 1994), el cual modificaba los requisitos para obtener el pago de la licencia de maternidad. Dicho decreto estableció que para poder acceder la pago de la prestación en estudio, era necesario haber cotizado ante la entidad respectiva un periodo siquiera igual al de la gestación, es decir, nueve (9) meses.

Sucedió que cuando estas trabajadoras - en vigencia del nuevo decreto - , dieron a luz, acudieron ante sus respectivas E.P.S. a fin de obtener el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad; sin embargo, las diferentes entidades se negaron a reconocer dicha prestación por cuanto las trabajadoras no cumplían con los requisitos que el nuevo decreto había establecido como necesarios para el acceso a la misma, es decir, no habían cotizado un periodo igual o superior al tiempo de gestación.

Por tales razones, se presentaron numerosas tutelas de mujeres trabajadoras que consideraban vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al debido proceso, a la salud, a la seguridad social, entre otros.

En estas situaciones, la Corte Constitucional precisó dos aspectos fundamentales:

“1. En vigencia de la Constitución de 1991, las autoridades judiciales, en relación con los conflictos que puedan derivarse de los derechos a los que puedan tener derecho las mujeres en estado de embarazo o en lactancia, en razón a su especial condición, deben, analizada la situación particular, “propender por la protección de los derechos que están en discusión, buscando a su vez la máxima efectividad de los mismos”.

“2. En aplicación de tal criterio, se estableció que pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos, era necesario aplicar el principio de favorabilidad **para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no viesen desmejorados sus derechos.** Derechos que, pese a tener un carácter económico, son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido, razón por la que, excepcionalmente, pueden ser reconocidos a través de la acción de tutela, como expresamente se advirtió en la sentencia T- 568 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“3. En consecuencia, y a efectos de garantizar los derechos de éstos, se ordenó a la entidad demandada aplicar la norma que beneficiaba y garantizaba la protección especial que la Constitución exige en estos casos. Por tanto, se dispuso, para el caso en revisión, la inaplicación del artículo 65 del decreto 806 de 1998, a efectos de dar aplicación al artículo 25 del decreto 1938 de 1994, vigente cuando se inició el período de gestación, según el cual la afiliada tenía derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, cuando hubiese cotizado como mínimo doce (12) semanas antes del parto.”⁶

Evidentemente, en estas situaciones la Corte accedió a conceder el amparo solicitado, teniendo en cuenta que las demandantes cumplían con el requisito de tiempo de cotización establecido por la normatividad anterior (Decreto 1938 de 1994). (En este mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-104 de 1999, T-792 de 1998. T-093 de 1999, entre otras).

3. EL CASO CONCRETO

La señora Jackeline Orjuela Galvez de Nader, afiliada desde abril de 1999 a la E.P.S. “SALUD TOTAL”, solicita se ordene a dicha entidad el pago total de su licencia de maternidad, por cuanto si bien es cierto por dicho concepto le fue reconocida la suma de \$662.667.00 m/cte, solo le fue pagada la suma de \$47.333.00 m/cte. Aduce que la falta de pago atenta contra sus derechos constitucionales a la protección de la mujer embarazada, a la seguridad social y de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 1999.

petición.

Después del estudio realizado a la tesis de la Corte en punto de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, la Sala observa que la situación de la actora es similar a la estudiada en acápite anterior. Es decir, que en tanto se encuentra acreditado que la actora acaba de dar a luz y no le ha sido cancelado el valor total de su licencia de maternidad, la Sala en aras de dar aplicación al principio de la especial protección a la mujer trabajadora que acaba de dar a luz y a la prevalencia del interés superior del recién nacido, accederá a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no sobra advertir que la Corte Constitucional en Sentencia SU-995 de 1999, impuso a la parte demandada, la carga de demostrar que el demandante, cuenta con ingresos suficientes y diversos a su salario que impidan la causación de un perjuicio irremediable para el trabajador; mientras ello no se encuentre acreditado, se considera que con el no pago de los mismos (entendiendo salario como todas las rentas que se derivan de la relación laboral) se pone en peligro el derecho fundamental al mínimo vital, a la subsistencia y a los demás derechos que se encuentran en conexidad con este.

En el expediente, no se encuentra debidamente acreditado que la actora cuente con rentas suficientes y distintas a las que provienen de su actividad laboral para su manutención y la de su hijo. En razón a esta circunstancia, la Sala considera que el mínimo vital de la trabajadora se encuentra en peligro, motivo de más para conceder el amparo solicitado.

Ahora bien, como en reiteradas oportunidades lo ha mencionado esta Corporación, el trabajador no tiene por qué soportar la carga del no pago oportuno por parte del empleador, de las prestaciones que se encuentran a su cargo, en desmedro del trabajador. Así, la entidad obligada hacer el reconocimiento y pago de este tipo de prestaciones no puede escudarse en la conducta negligente del empleador para omitir el pago del afiliado, poniéndolo en un evidente estado de indefensión. Con todo, será obligación suya responder ante la trabajadora por el valor de la licencia de maternidad que le corresponde, independientemente de que su empleador haya cumplido su obligación de pagar oportunamente las cotizaciones a que se encuentra obligado.

Por todo lo anterior, se ordenará a “SALUD TOTAL” E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a pagar el saldo insoluto de la licencia de maternidad reconocida a la actora, mediante certificación No.126396 del 8 de octubre de 1999.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA** , administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 25 de enero del 2000 y en su lugar,

CONCÉDESE el amparo solicitado por la señora JACKELINE ORJUELA GALVEZ DE NADER y en consecuencia, **ORDÉNASE** a “SALUD TOTAL” E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a pagar el saldo insoluto de la licencia de maternidad reconocida a la actora, mediante certificación No.126396 del 8 de octubre de 1999.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese copia del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE CUMPLASE Y DEVUELVA.

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

**Presidenta de Sala
(Ausente con excusa)**

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

JESUS M. CARRILLO BALLESTEROS

RICARDO HOYOS DUQUE

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR