

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / LICENCIA DE MATERNIDAD - Falta de requisitos para el pago

La Corte Constitucional ha expresado que por vía de tutela sí es posible ordenar el pago de la licencia de maternidad siempre y cuando se afecte con ello el mínimo vital. A continuación se examinará si los antecedentes fácticos y su prueba colocan a la señora Zamora en el derecho a “reconocimiento y pago”; y sólo en el evento de que aquello se demostrara, habría lugar a observar si debe protegerse el mínimo vital. Se establecieron los siguientes hechos: -que la señora Zamora está afiliada a la entidad promotora de salud “Salud Total E. P. S.” (fol. 3); -que cotizo veinte semanas y que -el período de su gestación fue de 38 a 41 semanas (certificado fol. 13),. De esos hechos probados se puede concluir, en forma simple, que la señora Zamora no alcanzó a reunir, como lo indicó en forma correcta el Tribunal, el tiempo de cotización que exige el ordenamiento jurídico para acceder a la prestación “licencia de maternidad”. Por lo tanto, como la actora no tiene el derecho, de una parte, el demandado no incurrió ni en omisión ni vulneración

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias T-568/96; C-470/97, T-800/98, T-232/99 y C-199/99

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil (2000)

Radicación número: 08001-23-31-000-2000-12017-01(AC)

Actor: ANA VIRGINIA ZAMORA BENITEZ

Demandado: SALUD TOTAL

Referencia: ACCION DE TUTELA

I. Corresponde a la Sala decidir la Impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida, el día 22 de octubre de 1999, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se resolvió denegar la protección de los derechos fundamentales.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda :

La presentó Ana Virginia Zamora Benítez, en nombre propio, contra Salud Total E. P. S. (fols. 1 a 2).

B. Pretensiones:

Buscan se tutelen los derechos constitucionales a la vida, salud y alimentación y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada pagar a la actora la licencia de maternidad (*fol. 1*).

C. Hechos:

Se consideran como relevantes los siguientes, que

1. La demandante está afiliada a la entidad promotora Salud Total E. P. S. desde el 13 de abril de 1999 como cotizante, quien ha cancelado en forma puntual los aportes.
2. El día 5 de septiembre de 1999, la señora Zamora dio a luz a un niño en la Clínica "La Merced" en la ciudad de Barranquilla.
3. El médico correspondiente le autorizó a aquella la salida de la clínica, el día siguiente, pero no le autorizó la licencia de maternidad.
4. Posteriormente el esposo de la demandante se acercó al centro de salud y solicitó el reconocimiento de dicha licencia para su esposa; se le informó que no existía derecho a tal prestación, porque su cónyuge no cotizó los nueve meses de embarazo.
5. El día 14 siguiente, la actora solicitó, en ejercicio del derecho de petición, a la mencionada entidad el reconocimiento y pago de la licencia pedida, y no obtuvo ni ha obtenido respuesta (*fol. 1*).

D. Vulneración de derechos constitucionales

Los indicados antes, se consideran infringidos, en la demanda, porque el demandado al no reconocer y al no pagar esa licencia vulneró los derechos tanto del menor recién nacido como los de la madre.

Se expresó que la Corte Constitucional ha manifestado que sí debe cancelarse la

licencia de maternidad, aunque no se registren cotizaciones al sistema de seguridad social durante todo el período de embarazo (fol. 1).

E. Actuación procesal:

1. El Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda y ordenó notificar al demandado; le solicitó informar todo lo sucedido (fol. 16).

2. Informó que:

- *De conformidad con lo establecido por el artículo 63 del decreto 806 de 1998 del Ministerio de Salud, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo un período igual al de gestación.*
- *El anterior presupuesto no se cumple en el caso de la demandante, porque su período de gestación fue de 40 semanas y el de cotización para la fecha del parto era de 19.7 semanas.*
- *El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no es un derecho de carácter fundamental, sino económico, cuya protección no puede ser otorgada a través de la acción de tutela.*
- *Las licencias de maternidad no son asumidas por las entidades promotoras de salud, sino por el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud.*
- *El derecho a la salud de la actora no se ha vulnerado, toda vez que fue debidamente atendida durante su período de gestación y en el momento del parto y en ningún momento la entidad se ha negado a autorizar servicios médicos asistenciales a ella o su hijo (fols. 46 a 52).*

F. Sentencia Impugnada:

Denegó tutelar los derechos invocados, por la actora, como infringidos.

Consideró que si bien la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el pago de la licencia de maternidad, lo ha hecho para aplicar el principio de favorabilidad cuando se presenta cambio legislativo y para cuando las demandantes estaban amparadas por una normatividad más favorable a su caso porque exigía menores requisitos para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad.

Indicó que el caso de la actora no puede enmarcarse dentro de los supuestos de hecho frente a los cuales la Corte Constitucional ha protegido, toda vez que la situación de aquella está regulada por el decreto reglamentario 806 de 1998 y no por normatividad anterior que sí exigía menos requisitos para acceder a la licencia.

Señaló que la demandante tampoco demostró que ni se le esté afectando el mínimo vital y móvil ni el de su hijo nacido; que además no se probó que esté desamparada, más aún cuando cuenta con la presencia de su compañero, tal y como lo afirmó en la demanda.

Concluyó que no puede ordenarse, por vía de tutela, el pago de una prestación cuando ni siquiera se reúnen los requisitos para tener el reconocimiento del derecho (*foIs. 56 a 62*).

G. Impugnación:

La formuló la demandante; manifestó que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad es un derecho y un deber de protección del Estado de orden Constitucional y, por lo tanto, la ley no puede establecer requisitos que lo haga nugatorio.

Anotó que el juez de primera instancia no debió tener en cuenta los requisitos establecidos en el decreto 806 de 1998, sino conceder el amparo teniendo en cuenta la primacía de la Carta Fundamental.

En lo demás, reiteró los argumentos esgrimidos en la demanda (*foIs. 63 a 64*)

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala pronunciarse, para decidir, sobre la impugnación presentada por la demandante, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 1999 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se decidió denegar la tutela.

1. Es necesario recordar que el objeto de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares (*art.1 decreto 2.591 de 1991*).

Esa indicación hace ver que es necesario que frente a los hechos la acción ejercita si resulte **residual**, que se indique como infringido un derecho constitucional fundamental o por conexión, y que además se demuestre o la amenaza o la vulneración.

2. La actora afirmó ser titular del derecho a reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Para determinar si ello es cierto, y desde otro punto de vista, si resulta acertada la decisión del a quo, debe estudiarse:

- cómo regula el ordenamiento jurídico el derecho al reconocimiento y pago de licencias de maternidad cuando la mujer esta afiliada a una entidad promotora de salud;
- la jurisprudencia de la Corte Constitucional y
- los hechos probados.

El decreto reglamentario de la ley 100 de 1993, No. 806 de 1998 dispone:

“Artículo 63. Licencias de maternidad. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo un período igual al período de gestación”

La Corte Constitucional ha expresado que por vía de tutela sí es posible ordenar el pago de la licencia de maternidad siempre y cuando se afecte con ello el mínimo vital:

“() Procedencia excepcional de la tutela para el cobro de la licencia de maternidad.

2. *En jurisprudencia reiterada¹, esta Corporación ha sostenido que el Estado otorga especial protección a la mujer embarazada, como quiera que los artículos 5º, 13, 42, 43 y 44 de la Carta reconocen a la madre un cúmulo de derechos que exigen de las autoridades y de los particulares respeto por su dignidad y por su condición natural de gestadora de vida. Igualmente, a través de la madre, el Estado concentra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y de los derechos de los niños. Así pues, una manifestación clara de la protección a la mujer embarazada es el reconocimiento normativo de la licencia de maternidad, la cual comprende los derechos a la vacancia laboral y al pago de una prestación económica, que “persigue garantizarle a la mujer embarazada el tiempo y los medios necesarios para proveer el cuidado suyo y el de su hijo”².*

3. *Pues bien, específicamente en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago del auxilio a la maternidad, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, excepcionalmente, procede la tutela para efectos de aplicar las normas constitucionales que protegen a la mujer gestante y a su hijo. Por ende, es oportuno sintetizar la doctrina constitucional en las siguientes premisas:*

a) Si bien el artículo 43 de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental por conexidad con otros derechos como la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebe. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieran categoría ius fundamental.

*b) El derecho al pago de la licencia de maternidad alcanza relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza **afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido.***

¹ Entre muchas otras, la sentencia C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-800 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-199 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-232 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

² Sentencia T-568 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

c) En virtud de lo anterior, el pago de la prestación económica debe discutirse ante la jurisdicción ordinaria competente, salvo si existe afectación del mínimo vital, en cuyo caso, adquiere competencia la jurisdicción constitucional.

d) En aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital.⁽¹⁾

A continuación se examinará si los antecedentes fácticos y su prueba colocan a la señora Zamora en el derecho a “reconocimiento y pago”; y sólo en el evento de que aquello se demostrara, habría lugar a observar si debe protegerse el mínimo vital.

Se establecieron los siguientes hechos:

- que la señora Zamora está afiliada a la entidad promotora de salud “Salud Total E. P. S.” (fol. 3);
- que cotizo **veinte** semanas y que
- el período de su gestación fue **de 38 a 41** semanas (certificado fol. 13),.

De esos hechos probados se puede concluir, en forma simple, que la señora Zamora no alcanzó a reunir, como lo indicó en forma correcta el Tribunal, el tiempo de cotización que exige el ordenamiento jurídico para acceder a la prestación “licencia de maternidad”.

Por lo tanto, como la actora no tiene el derecho, de una parte, el demandado no incurrió ni en omisión ni vulneración y, de otra, debe imprimirse confirmatoria a la decisión del aquo.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

(¹) Sentencia T – 776 de 2000. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia impugnada, proferida, el día 22 de octubre de 1999, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEGUNDO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ
Presidenta de la Sala

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR