

Sentencia T-966/10

LICENCIA DE MATERNIDAD-Finalidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para reclamar el reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos legales para el reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Improcedencia para el pago de licencia de maternidad por cuanto no se cumple con la condición de haber cotizado ya sea como trabajadora independiente o dependiente

Referencia: expediente T-2.804.295

Acción de tutela instaurada por Yuranis Cristina Camargo Sierra contra Salud Total S.A. Entidad Promotora de Salud.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías del Distrito Judicial de Valledupar y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en primera y segunda instancia respectivamente.

1. Hechos.

Yuranis Cristina Camargo Sierra formuló acción de tutela contra Salud Total EPS por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social, y a la protección especial del menor.

Señaló la accionante que es madre cabeza de familia, afiliada como cotizante a la Entidad Promotora de Salud: Salud Total S.A. desde el 25 de marzo de 2004. Dicha entidad le prestó todos los servicios médicos de control prenatal que necesitó desde el momento de gestación hasta el parto.

El día 9 de febrero de 2010 dio a luz a su hijo Ángel David Hoyos Camargo. La Clínica del Cesar de Valledupar le otorgó una incapacidad por 84 días con fecha 10 de febrero de 2010.

Adujo la demandante que solicitó a la entidad accionada su licencia de maternidad por medio de derecho de petición que radicó el 12 de marzo de 2010. En respuesta, el 26 de marzo de 2010, la demandada le informó que no tenía derecho a la licencia, dado que la usuaria no labora, sino que cotiza como pensionada, y según el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, los pensionados no tienen derecho a las prestaciones económicas del sistema de salud. Igualmente, consideró que la licencia es el tiempo reconocido a la mujer cotizante para que se retire de su trabajo, con el fin de recuperarse del parto y darle los cuidados necesarios al recién nacido; y en el caso concreto determinó que la accionante como pensionada va a seguir recibiendo su pensión mientras se recupera y cuida del niño.

Manifestó la señora Camargo que la pensión a la cual hace referencia la entidad demandada es una pensión de sobrevivientes que recibió de su padre, con un valor de doscientos setenta mil pesos mensuales (\$270.000); lo cual no le alcanza para la manutención de sus dos hijos y de su compañero permanente.

Afirmó que no tiene otro mecanismo de defensa para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales y los de su hijo. Además, señaló que “la licencia de maternidad constituye el salario como mujer gestante y este es el único medio que tengo para cubrir mis necesidades básicas y de mi hijo recién nacido”.

2. Solicitud de tutela.

Por lo expuesto, la accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebé consagrados en la Constitución Política, de manera que se ordene “(...) a la Entidad Promotora de Salud “Salud Total E.P.S.” que de manera pronta y sin dilación (sic) alguna me sea cancelada en su totalidad la licencia de maternidad a la que tengo derecho como cotizante de esta entidad.”

3. Intervención de la entidad accionada.

La gerente y representante judicial de Salud Total S.A., sucursal Valledupar, respondió a la acción de tutela, y sostuvo que la accionante no figura en la base de datos de la entidad como trabajadora dependiente ni independiente, sino que cotiza como beneficiaria de una pensión por sustitución. Adujo que en ningún momento, se le han violado los derechos fundamentales a la accionante, dado que para que se configure una vulneración del derecho al mínimo vital es necesario que “el ingreso de la afiliada se vea afectado, circunstancia que no se presenta en el caso que nos ocupa, toda vez que la señora Camargo, no obstante hallarse en periodo (sic) posparto sigue percibiendo su mesada pensional”.

Igualmente, citó el concepto 178377 de 30 de octubre de 2009, y el concepto 354175 de 2 de diciembre de 2008, en los cuales el Ministerio de la Protección Social indicó que la licencia de maternidad se ha de reconocer en el régimen contributivo, siempre y cuando el cotizante no sea pensionado; dado que su mesada pensional, es decir sus ingresos, no se ven afectados por la incapacidad. Por ello, señaló la accionada, no existe perjuicio irremediable en el caso concreto, dado que de ninguna manera la entidad ha afectado el ingreso de la accionante, quien sigue recibiendo su pensión y, por lo tanto, su mínimo vital.

Adicionalmente, estableció que ordenar el pago de la licencia de maternidad de la accionante, sería incurrir en indebida destinación de recursos públicos, ya que las licencias son canceladas con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantías, a partir de la evaluación previa que hace la Entidad Promotora de Salud de los requisitos que ha de cumplir la mujer para recibir dicha prestación. Es decir, consideró la accionada, que el reconocimiento de la licencia de maternidad a una persona que cotice como pensionada sería reconocer una prestación que no cumple con todos los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a ella, que además se ha de pagar con dineros públicos, destinándolos indebidamente.

Finalmente, manifestó la accionada que “la conducta de SALUD TOTAL SA EPS, en el caso en mención, ha sido completamente ajustada a la ley, que se ha actuado con la mayor diligencia y cuidado y que por tal motivo no se encuentra vulnerado ni amenazado ningún derecho fundamental de la señora Yuranis Cristina Camargo Sierra, y que por consiguiente no existe perjuicio alguno.(sic) Consideramos con base en la Constitución Política de Colombia, en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, que carece de toda procedibilidad incoar esta acción.”

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Yuranis Cristina Camargo Sierra en la cual consta como fecha de nacimiento el 4 de julio de 1985, con lo cual se acredita que la actora tiene a la fecha 25 años. (folio 5, Cuaderno 1)

b. Fotocopia del carné de afiliación a Salud Total EPS, en el cual consta que la accionante es cotizante. (folio 6, Cuaderno 1)

c. Copia del derecho de petición radicado en las oficinas de Salud Total EPS el 12 de marzo de 2010, por el cual la accionante solicita su licencia de maternidad. (folio 7, Cuaderno 1)

d. Copia del certificado de afiliación de la accionante en Salud Total EPS con fecha del 9 de marzo de 2010, en el cual consta que el grupo familiar de Yuranis C. Camargo Sierra está afiliado en razón de una pensión por sustitución. (folio 8, Cuaderno 1)

e. Copia de órdenes médicas por las cuales se le otorga una incapacidad de 84 días por el nacimiento de su hijo. (folio 9-10, Cuaderno 1)

f. Copia de la respuesta al derecho de petición por parte de Salud Total EPS, con fecha del 26 de marzo de 2010, en el cual se estipula que el reconocimiento de la licencia de maternidad no es procedente. (folio 11-12, Cuaderno 1)

h. Copia del certificado del Fondo de Pensiones y Cesantías Obligatorias Colfondos, en el cual consta que la accionante tiene una pensión de doscientos setenta y siete mil ciento ochenta y nueve pesos (\$277.189), sujeta a un descuento del 12% para el aporte a la EPS accionada. (folio 35, Cuaderno 1)

i. Copia del certificado de Salud Total en el cual se estipula que a la señora Yuranis Cristina Camargo Sierra le pagaron la licencia de maternidad, correspondiente a setecientos setenta y cinco mil seiscientos pesos (\$775.600.00), en cumplimiento de la decisión de segunda instancia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar. (folio 11-12, Cuaderno 2)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

El 27 de abril de 2010 el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar negó el amparo solicitado. Consideró que “a la señora YURANIS CRISTINA CAMARGO SIERRA, no se le ha violado el mínimo vital, pues el carácter natural de la licencia de maternidad, es suplir en lo posible las necesidades pecuniarias originadas por el receso de sus obligaciones laborales, las cuales se verían interrumpidas debido al nacimiento de su hijo, lo cual no acontece en el caso de estudio debido a que la accionante es Pensionada Sobreviviente, lo que quiere decir que mensualmente recibe una suma de dinero asignada por parte del Estado, que no se interrumpe ni se deja de percibir en ningún momento, toda vez que durante todo el tiempo de incapacidad (84 días), ésta (sic) siguió percibiendo dicho recurso, por lo que no se afecta en manera alguna su mínimo vital, ni el de su hijo recién nacido.”

Dicha decisión fue impugnada por la accionante, quien manifestó su inconformidad dado que consideró que su mínimo vital sí se veía afectado por la negativa del pago de la licencia, pues la pensión sólo se la seguirán pagando hasta los 25 años, y por lo tanto la perdería en junio del año en curso, dos meses y medio después de presentar la impugnación. Adicionalmente, sostuvo que el monto que recibía como pensión no le alcanzaba para la subsistencia de ella y de sus dos hijos, “\$270.000.00, no alcanza siquiera el 60% del salario mínimo legal mensual vigente, y por lo tanto no se puede afirmar categóricamente (...) que no se viole el mínimo vital, (...) esa suma para tres personas es irrisoria y muy por debajo del mínimo vital, cuyo contenido pone de presente la base alimentaria mínima que le permite a una persona subsistir”. Por lo cual, le solicitó al juez de segunda instancia revocar la sentencia del a quo, y tutelar los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito del Distrito Judicial de Valledupar resolvió el recurso de alzada el 16 de junio de 2010, decidió revocar la sentencia de primera instancia y concedió el amparo solicitado. Argumentó que según las sentencias T-264 de 2007 y la T-526 de 2009, la

vulneración al mínimo vital de la madre gestante se presume por la negativa del pago de la licencia de maternidad siendo procedente su estudio por tutela. Por lo tanto, al estudiar el caso concreto concluyó que “la entidad accionada tiene el deber de cancelarle la licencia de maternidad a la que tiene derecho (la accionante) como afiliada cotizante, además con esta acreencia le permite a ella suministrarle el sustento a su menor hijo, ya que lo que percibe con la pensión de sobreviviente ni siquiera le alcanza para cubrir sus necesidades básicas por su pequeña suma.”¹

Por ello, estableció que inaplicaría las disposiciones que había esgrimido la accionada por excepción de inconstitucionalidad, para responder “a la obligación del juez de tutela de garantizar la protección constitucional reforzada que para la madre cabeza de familia y para sus hijos, consagra la norma superior en desarrollo del modelo de Estado Social (sic) que se extronizó (sic) con el advenimiento de la Constitución Política de 1991.” Consecuentemente, revocó la decisión del a-quo y ordenó el pago de la licencia de maternidad en las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Nueve mediante auto de veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Consideraciones.

2.1 Problema jurídico y esquema de resolución.

1. Esta Sala pasa a determinar si Salud Total EPS vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, y al mínimo vital de la accionante al no concederle la licencia de maternidad, en razón a que cotizaba en salud en calidad de beneficiaria de una pensión de

sustitución.

Para resolver el problema jurídico expuesto, la Sala procederá a estudiar los siguientes temas: la finalidad de la licencia de maternidad (2.2) para determinar el ámbito de protección de la figura, la procedencia excepcional de la acción de tutela para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad (2.3), y por último entrará a resolver el caso concreto (2.4).

2.2 Finalidad de la licencia de maternidad

2. Según el artículo 43 de la Constitución, “(D)urante el embarazo y después del parto (la mujer) gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” A partir de este precepto se ha establecido que el Estado tiene el deber especial de proteger a la mujeres gestantes, y una vez se haya producido el alumbramiento, proteger especialmente la unidad que conforman el niño y su madre. De esta manera, se busca proteger a la familia como institución básica de la sociedad, en uno de sus momentos más vulnerables.

3. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, incluido en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968, reconoce que parte de la protección especial que se le ha de brindar a la madre antes y después del parto, es un tiempo razonable de descanso remunerado. En ese sentido, los artículos 236 a 238 del Código Sustantivo del Trabajo, regulan el tiempo de descanso que se le deberá brindar a la madre después del parto y durante el periodo de lactancia, al igual que un lapso de dos a cuatro semanas en caso de aborto.

4. Específicamente en el período después del parto, la legislación establece que la trabajadora tendrá derecho a 12 semanas de descanso remunerado con el mismo salario que tenía al momento de entrar a disfrutar el descanso. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció que dicha prestación económica la asumirá el sistema de salud, salvo en aquellos casos que se establece que la licencia será responsabilidad del empleador. De esta manera, de presentarse la contingencia del parto, el régimen contributivo, debe reconocer la licencia a la mujer cotizante cuando así lo ordenare el sistema.

5. El Decreto 806 de 1998, que desarrolla el sistema de seguridad social en salud creado en

la ley 100, estableció que en el régimen contributivo hay dos clases de afiliados: los cotizantes y los beneficiarios; los primeros, igualmente se dividen de acuerdo a si son trabajadores dependientes o independientes, o si son pensionados. Adicionalmente, se diferencia entre los beneficios que brinda dicho régimen, que se clasifican en dos categorías: prestaciones asistenciales y económicas. Las prestaciones asistenciales son los servicios de salud que la persona llegare a necesitar; por el contrario, las económicas son subsidios y licencias que el sistema le brinda al afiliado para remplazar su ingreso cuando se vea afectado por una contingencia de salud, entre los cuales se encuentra, la licencia de maternidad.

La razón de ser de dichas distinciones es la de determinar qué afiliado tiene derecho a qué prestación, para así garantizar la solidaridad e igualdad del sistema. En ese sentido, se estableció en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 que sólo tendrían derecho a las prestaciones económicas del sistema, quienes cotizaran como trabajadores dependientes e independientes. Se pretendía de esta manera garantizar la finalidad de las prestaciones económicas, como una forma de enfrentarse a la contingencia de no poder laborar debido a una cuestión relacionada con la salud.

6. En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la licencia de maternidad, como prestación económica del sistema de salud en seguridad social, es “(...) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento.”²

7. De lo anterior, se deriva que la licencia de maternidad tenga como finalidad remplazar el ingreso que la madre percibía, para que se pueda dedicar a recuperarse del parto y le brinde al recién nacido todos los cuidados necesarios³. Así, la Corte ha entendido que es “una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto (...), pues equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no

haber tenido que interrumpir su vida laboral.”⁴ Igualmente, se dice que permite “(...) a la madre recuperarse físicamente después de haber pasado por la experiencia de un alumbramiento, con el fin de que pueda atender sus necesidades propias y las del recién nacido.”⁵

8. En conclusión, tal como la Corte lo estableció en la sentencia T-365 de 2007, “el Estado colombiano tiene la obligación constitucional de garantizar a las mujeres asistencia y protección durante el embarazo y después del parto. Para ello, el legislador dispuso la creación de la denominada licencia de maternidad, según la cual, las mujeres trabajadoras tienen el derecho a disfrutar de un descanso remunerado durante la época posterior al parto. En este sentido, este derecho radica en cabeza de las mujeres trabajadoras dependientes e independientes afiliadas al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.”

2.3 Procedencia de la acción de tutela para reclamar la licencia de maternidad

9. La tutela, según el artículo 86 de la Carta Política, es un mecanismo sumario y preferente, creado para la protección de los derechos fundamentales frente a una vulneración grave o una amenaza inminente por parte de las autoridades públicas. Como tal la jurisprudencia ha establecido dos requisitos básicos de procedibilidad: la inmediatez, y la subsidiariedad.

10. El primero de ellos hace referencia a que si bien la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier momento, la jurisprudencia constitucional⁶ ha establecido que debe mediar una racionalidad temporal, de manera que permita la protección integral de los derechos fundamentales, y que no se afecte los derechos de terceros.

11. El segundo requisito, la subsidiariedad, se deriva del inciso tercero del artículo 86, en consonancia con el numeral uno del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991; según los cuales la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Por lo tanto, en cada caso habrán de evaluarse los demás mecanismos que el sujeto tiene a su alcance para determinar si los mismos permiten la protección efectiva de sus intereses, para concluir si desplazan la tutela.

12. Sin embargo, se ha establecido que es posible excepcionar el principio de la subsidiariedad y, por lo tanto procede la tutela, cuando se presente alguno de los siguientes

eventos:

- a. Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.
- b. Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.
- c. Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela⁷.

13. Por lo anterior, es posible concluir que en principio la tutela no procede para reclamar derechos prestacionales, dado que se trata de un derecho litigioso de naturaleza legal que le corresponde definir ya sea a la jurisdicción administrativa, o a la laboral.⁸ Sin embargo, se ha establecido que excepcionalmente procede su reconocimiento por tutela cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y el mínimo vital; y que por ello sea necesaria la intervención del juez constitucional para evitar que se ocasione un perjuicio irremediable⁹.

14. Así, la licencia de maternidad, entendida como derecho prestacional, procede excepcionalmente por tutela cuando se cumplan las tres condiciones que permiten ordenar su reconocimiento y pago por vía de tutela:

- a. que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad implique la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y de su hijo¹⁰
- b. que la trabajadora cumpla con los requisitos exigidos por la ley para que el derecho sea exigible¹¹
- c. que se interponga dentro del año siguiente a la causa que dio origen al derecho.¹²

15. En concordancia con lo anterior, estableció la Corte que “E]n los casos en que la negativa de las EPS frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, derive en la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de las madres trabajadoras y de los menores, (...) dada la limitada eficacia del medio de defensa judicial ordinario en este sentido, de manera excepcional, procederá la acción de tutela para ordenar a las EPS el cumplimiento de esta obligación legal.”¹³

16. Con relación a la vulneración del derecho al mínimo vital, la Corte ha establecido que se presume cuando la EPS niega el reconocimiento de la licencia de maternidad en dos casos: (i) cuando la accionante recibe un salario mínimo o (ii) cuando demuestre que su salario era su única fuente de ingresos.¹⁴ “Sin embargo, la Corte ha considerado que la EPS o el empleador pueden desvirtuar la presunción de afectación del mínimo vital, demostrando, por ejemplo, que la actora tiene ingresos muy superiores a aquellos que originan tal presunción o que tiene otras fuentes de ingreso suficientes para satisfacer sus necesidades”¹⁵.

De no poderse presumir la vulneración del derecho al mínimo vital, la acción de tutela debería declararse improcedente, dado que la accionante contaría con otro mecanismo de defensa para la protección de sus intereses, y no sería necesaria la actividad sumaria y preferente del juez constitucional.

17. En cuanto a los requisitos exigidos por ley para acceder a la licencia de maternidad, la sentencia T-022 de 2007 estableció que se exige haber cotizado ininterrumpidamente durante el tiempo de gestación, haber cancelado en forma completa el aporte el año anterior a la fecha de la solicitud, haber cancelado en forma oportuna al menos 4 aportes durante los 6 meses anteriores a la causación del derecho, y no encontrarse en mora en ese momento. Aún así, dichos requisitos se han flexibilizado en la jurisprudencia, cuando la protección de los derechos fundamentales de la madre y del niño así lo han requerido, especialmente el de la cotización durante todo el tiempo del parto, y el pago oportuno de las cotizaciones.¹⁶ De esta manera, se ha tratado de hacer prevalecer lo sustancial, sobre lo formal, en casos en los cuales la aplicación con absoluto rigor de los requisitos va en contra de los fines establecidos en los artículos 43 y 50 de la Constitución Política.

18. Por otro lado, la exigencia temporal, fue modificada en la sentencia T-999 de 2003, en la

cual se estableció que en virtud del artículo 50 de la Constitución, la madre tiene un año para acudir a la tutela para solicitar la licencia de maternidad, cuando antes se había limitado a la duración de la licencia como tal. En esa oportunidad, esta Corporación estableció que:

“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.

Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación.”

19. Igualmente, ha estipulado la Corte que hay tres elementos que debe considerar el juez al momento de interpretar los requisitos arriba desarrollados: (a) considerar las condiciones particulares de la madre y de su hijo menor en relación con el mínimo vital y la vida digna. (ii) Verificar la preexistencia de una actividad económica desarrollada personalmente por la madre, que se vea interrumpida con motivo del alumbramiento. (iii) El juez debe tener en cuenta los principios de solidaridad y obligatoriedad del sistema de seguridad social, de manera que se garantice su estabilidad económica.¹⁷

20. Así las cosas, en desarrollo del artículo 43 de la Carta Política, se ha establecido la procedencia excepcional de la tutela para reclamar la licencia de maternidad en los casos en los cuales se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia. En esos casos, la tutela se convierte en el mecanismo ideal para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y, a la vida en condiciones dignas, tanto de la madre como del niño, que se protegen como una unidad.

2.4. Caso concreto.

21. Con base en lo anterior, concluye la Sala que la presente acción es improcedente, dado que no cumple con los requisitos de procedibilidad para reclamar la licencia de maternidad por medio de la tutela.

22. En primer lugar, se estima que en el caso concreto la falta de reconocimiento y pago de

la licencia no implica una vulneración al derecho al mínimo vital de la accionante. Si bien se podría apreciar que el monto de la pensión que recibe no es muy alto, no quiere esto decir que se afecte su mínimo vital, dado que los ingresos que percibió durante el embarazo, fueron los mismos que percibió después del parto. Aunque la Corte ha establecido que se presume que hay vulneración al mínimo vital cuando la EPS niega el pago de la licencia y se demuestra que la señora recibe un salario mínimo o que su salario es su única fuente de ingresos, esa presunción no tiene cabida en el presente caso, mas aún cuando del acervo probatorio se concluye que la madre no desarrolla personalmente ninguna actividad económica que se vea interrumpida en razón del nacimiento.

23. Es decir, la negativa por parte de la EPS de reconocer y pagar una licencia de maternidad hace que el juez de tutela presuma que hay una vulneración al mínimo vital, ya que la mujer verá sus ingresos disminuidos, y por lo tanto se pondrá en riesgo su calidad de vida y la del bebé. No obstante, cuando los ingresos no se ven disminuidos, no se puede afirmar categóricamente que el mínimo vital se vea afectado. En el caso concreto, se trata de una persona que deriva su sustento de una pensión, de manera que con independencia a que haya dado a luz y se encuentre incapacitada, su ingreso seguirá constante en el tiempo, y por ello, es claro que por el parto sus ingresos no se encuentran en riesgo.

24. En segundo lugar, la accionante no cumple con la condición sine qua non para acceder a la licencia de maternidad y, es haber cotizado ya sea como trabajadora independiente o dependiente. Por ello, se puede concluir que no cumple con los requisitos exigidos por ley para acceder al derecho, quedando expresamente excluida por el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

25. Si bien, ha habido requisitos legales que se han flexibilizado por la jurisprudencia de esta Corporación, para acceder a la licencia de maternidad, este no es uno de esos casos. La negativa de la EPS no se debió a un apego insensato a las formalidades de la norma, sino a que de ella no se derivó ningún derecho. La licencia de maternidad no es una prestación que se le deba a todas las madres por el hecho de serlo, sino que pretende ser una prestación económica que remplace los ingresos de la madre mientras cuida de sí misma y de su hijo recién nacido. En el presente caso, la accionante no tiene ingresos que requieran ser remplazados y, por lo tanto, no tiene derecho a licencia alguna; de lo contrario, se pondría en riesgo la estabilidad económica del sistema de salud.

26. Se reitera que en el caso concreto, ordenar la licencia de maternidad, iría en contra de la finalidad misma de la prestación, dado que la señora Camargo no se encontraba trabajando. Por tal razón no hubo interrupción de actividad laboral alguna; de manera que podía dedicarse al cuidado de su hijo sin ver sus ingresos disminuidos. Por lo cual, no había necesidad que el sistema de seguridad social la amparara y le otorgara la licencia.

27. De allí se deriva que en el caso concreto se está frente a un “pago de lo no debido” contemplado en el artículo 2313 del Código Civil, según el cual quien por error ha hecho un pago, tiene derecho a repetir, y obtener la devolución de los dineros. Esta figura ha estado ligada al enriquecimiento sin causa, el cual según la Corte, “(...) se presenta en los casos en los que un patrimonio se ve incrementado a expensas de otro, sin que exista una causa jurídica para ello. Obviamente esta situación no obedece siempre a la mala fe de los implicados. El enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito.”¹⁸ En ese sentido, se han aplicado dichas figuras con el fin de devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de cometerse el error, para que de esa manera ningún patrimonio se vea injustificadamente afectado o beneficiado.

28. En este caso concreto, dado que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar ordenó el pago de la licencia de maternidad a la accionante, y que a dicha orden se le dio cumplimiento por parte de Salud Total EPS, como consta en los folios 11 y 12 del Cuaderno 2, y que dicha decisión será revocada en la presente providencia; considera la Sala que se debe devolver el monto desembolsado por concepto de licencia, por constituirse un pago de lo no debido. De lo contrario, la accionante se vería beneficiada por un enriquecimiento sin causa, dado que su patrimonio se vería incrementado, sin que medie causa jurídica para ello, con especial consideración a que son recursos del sistema que han sido mal asignados.

29. Sin embargo, en este caso concreto la Sala se adhiere al precedente de la Corte en la sentencia T-1117 de 2003, que al ordenar la devolución de unos montos que se habían pagado equivocadamente por concepto de pensión, estableció que “(l)a recuperación de los dineros pagados en exceso, podrá hacerse por los mecanismos legales y judiciales existentes. Al definir la forma como tales montos deben ser devueltos, la entidad deberá evaluar la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, entre otros criterios encaminados a no desconocer el derecho al mínimo vital del beneficiario.”

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del juez de segunda instancia, y declarará improcedente la acción en los términos arriba planteados.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito del Distrito Judicial de Valledupar del 16 de junio de 2010, y en su lugar DECLARA IMPROCEDENTE el amparo solicitado.

Segundo: ORDENAR a la señora Yuranis Cristina Camargo Sierra devolver el dinero que fue pagado por Salud Total EPS por concepto de la licencia de maternidad, de acuerdo a las precisiones previamente establecidas.

Tercero: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sostuvo el juez que a partir de la cuantía de la pensión de sobreviviente de la accionante, se puede concluir que hay un perjuicio a su mínimo vital y a su vida digna; dado que consideró que el pequeño monto no alcanza para la manutención de sus hijos. Por lo cual, arguyó que lo anterior lleva a la protección de los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo.

2 T-998 de 2008. Al ampliar se concluye que “(S)ólo bajo tal entendido, se explica que las madres afiliadas al régimen contributivo de salud en calidad de beneficiarias y aquéllas vinculadas al régimen subsidiado de salud no tengan derecho al pago de la prestación económica por maternidad. Ciertamente, en estos escenarios se prescinde del pago de la licencia por cuanto, en principio, no existen unos ingresos cuya percepción se interrumpa con motivo del alumbramiento. Ello sin embargo, no significa que estas madres carezcan de la protección especial del Estado, por cuanto éste, en todo caso, debe garantizar la salud y la vida de la madre y del menor recién nacido e, incluso, en los casos de desempleo o desamparo debe otorgar un subsidio alimentario según ordena el artículo 43 de la Constitución Política.”

3 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala Laboral. Sentencia del 18 de julio de 1985

4 T-791 de 2005

5 T-559 de 2005

6 Ver sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005, T-1140 de 2005.

7 Sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, T-1012 de 2003 y T-335 de 2009.

8 Ver sentencias T-497 de 2002, T-664 de 2002, T -580 de 2007, T-634de 2008.

9 La reclamación del derecho prestacional por vía de tutela se da cuando se cumplen las siguientes condiciones:

1. que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al derecho ,

2. que la falta de reconocimiento o pago vulnere los derechos fundamentales del accionante, y

3. que sea necesario la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

10 Ver las sentencias T-597 de 2007, T-541 de 2007, T-032 de 2007, y T-487 de 2006.

11 Sentencia T-022 de 2007.

12 Sentencia T-999 de 2003, T-1010 de 2004, T-019 de 2005, T-817 de 2007, T-794 de 2008,

13 T-589A de 2007

14 T-817 de 2007, T-475 de 2009, T-216 de 2010,

16 Ver las sentencias T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1223 de 2008, entre otras.

17 T-998 de 2008

18 T-401 de 1996