



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado acta número 163.

Bogotá. D.C., veinte de mayo de dos mil diez.

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el **DIRECTOR SECCIONAL ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DE MEDELLÍN**, contra el fallo proferido el 9 de abril de 2010 por **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, mediante la cual concedió el amparo de tutela impetrado por **CAROLINA FAJARDO GARCÍA**, en protección de los derechos fundamentales de la vida digna, mínimo vital, seguridad social, especial protección a la mujer y a la maternidad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los hechos objeto de solicitud de amparo constitucional fueron consignados en el fallo proferido por el a quo de la forma como sigue:



“Manifiesta la señora CAROLINA FAJARDO GARCÍA(i) que esta (sic) afiliada al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo adscrita a la EPS SURA; (ii) que el 28 de febrero de 2009 nació su segunda hija y la Fiscalía le pagó toda la licencia de maternidad sin inconveniente alguno;(iii) que el 26 de mayo de 2009, la EPS SURA envió una comunicación a la Fiscalía General de la Nación informándole que la licencia de maternidad había iniciado el 28 de febrero de 2009 y que la última afiliación como cotizante en forma ininterrumpida en la EPS SURA inició en agosto 5 de 2008, por lo que no registraba como afiliada cotizante durante todo el periodo de gestación, porque comenzó a laborar en la Fiscalía el 5 de agosto de 2008, faltándole realmente 4 días de cotización, es decir del 1 al 4 de agosto de 2008; (iv) que en el pago correspondiente al 23 de febrero de 2010 le realizaron una deducción por nómina por valor de 500.000 mil pesos por concepto de maternidad ”

“Considera pues la accionante que además de ser injusta esa deducción, no fue notificada por ningún medio, acerca de que le realizarían esa deducción. Lo que le ha generado grandes perjuicios económicos; agregando que con la negligencia de la EPS SURA su calidad de vida y la de sus niñas se ha deteriorado puesto que se ha afectado su mínimo vital, requiriendo el dinero que no percibió para la manutención de su bebe y la suya, ya que es madre soltera y el padre de la niña no responde por ella; que están sobreviviendo de su salario, con el cual debe suplir todas sus necesidades básicas de su hogar, como servicios públicos, alimentación, vestido, salud, educación, entre otras”¹

¹ Fls 38 y ss.



2. Al trámite de la acción constitucional fueron vinculados la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN --**DIRECCIÓN SECCIONAL ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE MEDELLÍN**-- y la **EPS SURA**.

3. La accionada **DIRECCIÓN SECCIONAL ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE MEDELLÍN**, reconoce haber descontado de la nómina de la investigadora criminalística II del Cuerpo Técnico de Investigación, en el mes de febrero del año que transcurre la suma de quinientos mil pesos; toda vez que, durante el tiempo que estuvo en licencia de maternidad asumió el pago de la misma, mientras la **EPS SURA** procedía a su pago, lo que no ocurrió por cuanto hubo una interrupción por cinco (5) días en las cotizaciones; significando ello, que no le corresponde al empleador el pago de la licencia de maternidad, debiendo por tanto la funcionaria devolver el dinero pagado.

Por su parte la **EPS SURA** adujo no haber pagado la licencia de maternidad al empleador por cuanto la afiliada cotizante, no hizo los aportes de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación “pues al inicio de la licencia el tiempo cotizado en forma continua es de 30 semanas aproximadamente”²

² Fls. 29.



Considera que es el empleador quien la debe pagar y no la **EPS SURA**, por ser el responsable del pago de la incapacidad ante el empleado respectivo; correspondiendo a la EPS pagar al empleador el valor de la incapacidad o la licencia de maternidad, solo cuando legalmente sea procedente, lo cual no ocurre en el presente caso.

4.La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 9 de abril de 2010, concedió el amparo de tutela solicitado por la accionante, por considerar que la actitud asumida por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de deducir de su salario el pago de la licencia de maternidad, luego de un año de haber tenido su hijo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso administrativo “puesto que la Fiscalía General de la Nación, de manera abrupta le descontó de su salario legal una suma de dinero como reintegro a una maternidad que supuestamente no tenía derecho; es decir de manera unilateral, sin el consentimiento de la empleada, revocó un acto administrativo...”.

Dedución que calificó el a quo de arbitraria, por no contar con el expreso consentimiento de la empleada y sin una comunicación previa a través de la cual se hace un esguince a los derechos fundamentales de la madre y del niño; porque si bien la licencia de maternidad fue pagada en su totalidad en su momento, al no aceptarse su reconocimiento, sigue latente esa vulneración, más aún cuando el dinero fruto de la licencia de maternidad, es deducido por nómina, desmejorando el ingreso de la madre e igualmente su mínimo vital, necesario para garantizar los derechos fundamentales



invocados, especialmente los del niño que merece especial cuidado, dada su condición de menor de edad.

Ordenó el a quo el reintegro del dinero deducido a la accionante FAJARDO GARCÍA por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **–DIRECCIÓN SECCIONAL ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE MEDELLIN–**independiente de la posibilidad que tiene de demandar ante la jurisdicción competente, la negativa del pago de la LICENCIA DE MATERNIDAD por parte de la **EPS SURA**.

5. Inconforme con la decisión del Tribunal El Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación Medellín, impugnó el fallo reseñado con antelación.

El fundamento de la inconformidad la cimienta, en la ausencia de obligación que tiene el empleador de la accionante –Fiscalía General de la Nación--, de reconocer el pago de la licencia de maternidad, y en el silencio que se guardó en la decisión frente a la responsabilidad que debe asumir la EPS SURA.

Asegura que la Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha protegido a la mujer embarazada y al menor recién nacido, obligando a las entidades Promotoras de Salud, a reconocer la prestación económica de la licencia de maternidad en su totalidad, cuando la ausencia de cotización es de periodos cortos, como es el caso a estudio, donde solamente se dejó de cotizar cuatro días.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

2. Dentro de los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente se ha resaltado la garantía de la protección efectiva de la maternidad. El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia, reconoce el derecho que tiene la mujer de recibir especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto; siendo una de las manifestación de amparo a la maternidad, el reconocimiento del derecho a la licencia de maternidad, en el entendido que ésta constituye una prestación económica y se encuentra en conexidad con los derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de la madre y del menor, especialmente cuando la misma representa el único sustento de aquellos durante el periodo de posparto.

3. Es indiscutible que la demanda de acción tutela presentada por CAROLINA FAJARDO GARCÍA, se encuentra orientada a conseguir no el pago de la licencia de maternidad, --como parece lo entiende la



Fiscalía General de la Nación en su escrito de impugnación--, sino en la protección de la decisión arbitraria del empleador de deducir sin autorización previa, el dinero pagado por la licencia de maternidad del sueldo devengado por la accionante en el mes de febrero de 2010.

Si bien es cierto de acuerdo al precedente constitucional, la licencia de maternidad en el caso a estudio corresponde su pago a la EPS SURA, por cuanto la cotizante y el empleador pagaron casi en su totalidad los aportes correspondientes al periodo de gestación; lo es también que la negativa de su pago por parte de SURA a la Fiscalía General de la Nación no es susceptible de ser protegida por la acción de tutela, toda vez que a favor de la parte afectada, están las acciones ordinarias para efectos de lograr el reembolso del dinero debido; ello por cuanto se trata de un prestación económica que no va unida o vinculada con derechos fundamentales objetos de protección constitucional, pues para el momento del posparto, la accionante tuvo a su favor el reconocimiento del derecho a la licencia de maternidad.

3. La vulneración de garantías fundamentales se observan, tal y como lo adujo el a quo, en la arbitraria e injusta deducción de la suma de quinientos mil pesos del salario de la empleada CAROLINA FAJARDO GARCÍA por concepto de reintegro de maternidad, sin que existiera la autorización previa de su deducción por parte de la afectada; conllevando consecuentemente la vulneración del derecho a una vida digna y a la protección de los niños, ante la



ausencia del dinero suficiente para atender las necesidades primarias de la prole, por la mengua de su salario de manera sorpresiva y sin justificación previa.

Sobre el tema de las deducciones susceptibles de ser protegidas con el mecanismo de la acción de tutela, se ha pronunciado la Corte Constitucional³ señalando:

“El trabajo es un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, por lo tanto dentro de la normatividad que regula las relaciones que surgen de un contrato laboral, existen obligaciones y prohibiciones tanto del empleador como del trabajador, para que la actividad sea desarrollada en condiciones dignas y justas.

El artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo define el salario mínimo como *“el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”*.

Por otro lado, siendo otro punto muy importante y relevante para el caso bajo estudio, el artículo 149 de dicho estatuto hace referencia a los descuentos prohibidos, en los siguientes términos:

“1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el {empleador}, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.

³ Sentencia T 716 de 2007.



2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses.” (No está en negrilla en el texto original.)”

Para la Sala es clara la necesidad de protección del derecho fundamental a un salario digno carente de cualquier intromisión arbitraria por parte de los empleadores, como que existe la prohibición tajante en el Código Sustantivo del Trabajo —aplicable en lo pertinente a los funcionarios o empleados estatales— de deducciones unilaterales por parte del empleador.

La falta de autorización del trabajador o de mandamiento judicial para proceder a deducciones legales, aunado a la ausencia de capacidad económica de la accionante para atender a las necesidades primarias de sus hijos menores, conllevan necesariamente a la protección de los derechos fundamentales invocados.

Acorde con lo expuesto, la demanda de tutela estaba llamada a prosperar, como bien lo concluyó la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, razón por la cual la confirmación del fallo es la decisión que se impone.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN –Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Medellín—por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria