



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 022

TEMAS:

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA- EL MARCO JURÍDICO-NORMATIVO SOBRE LA PROTECCIÓN A LA MUJER GESTANTE - LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD Y LOS REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala, la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE, el día 22 de enero de 2015, en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instaurada por LEIDA CRISTINA CASTRO DE HOYOS en contra la NUEVA E.P.S. S.A.



I. ANTECEDENTES:

1.1 La Demanda:

LEIDA CRISTINA CASTRO DE HOYOS, presentó Acción de Tutela en contra la NUEVA E.P.S. S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida.

1.2 Reseña Fáctica:

Relata la parte actora, que su hijo KEVIN DAVID CARRACEDO CASTRO, nació el día 16 de enero de 2014, donde la EPS, transcribió la orden de la licencia de maternidad para surtir el trámite de rigor, no obstante se ha negado a desembolsar el pago.

Indica que, la negativa por parte de la entidad promotora de salud para reconocer el derecho económico, obedece a se encontraba afiliada en el año 2009 al régimen subsidiado, en la Caja de Compensación Familiar-Sucre, y posteriormente se afilió al régimen contributivo en salud, deduciendo que se encontraba con doble afiliación.

Señala que, tal argumento es negativo, por cuanto el certificado expedido por el sistema de salud, conforme la Resolución 1344 de 2012, da constancia que se encuentra retirada del sistema de salud en el régimen subsidiado.

Afirma que, la NUEVA E.P.S., niega el derecho al pago de la licencia de maternidad, pero si recibió el pago de los aportes en salud de manera puntual, en todo el periodo de embarazo como cotizante, lo cual indica que se encuentra lícitamente afiliada a la mentada EPS.

Por último, asegura que, ha requerido a la entidad accionada en múltiples ocasiones, para que le reconozca el pago de licencia de maternidad, teniendo en cuenta la



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

situación económica que atraviesa, y realizó el pago de los aportes en el término establecido, no obstante persiste en la negativa de reconocer dicho derecho.

1.3 Las Pretensiones:

Pretende la parte accionante se tutelen los derechos fundamentales invocados, y como consecuencia se le ordene a la NUEVA E.P.S., que en el término de 48 horas, pague el valor en dinero correspondiente a la licencia de maternidad a la que tiene derecho legalmente.

2. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 16 de enero de 2015 (fol. 4 C- Ppal.).
- Admisión de la demanda: 16 de enero de 2015 (fol. 19 C- Ppal.).
- Notificación a las partes: 16 de enero de 2015 (fol. 20 a 24 C- Ppal.).
- Contestación a la demanda: 22 de enero de 2015 (fol. 29 a 34 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 22 de enero de 2015 (fol.41 a 47 C- Ppal.).
- Impugnación: 26 de enero de 2015 (fol. 52 C- Ppal.)
- Concesión de la impugnación: 04 de febrero de 2015 (fol. 53 C- Ppal.).
- En la oficina judicial- reparto: 10 de febrero de 2015 (fol. 1 C-2).
- Secretaría del Tribunal: 11 de febrero de 2015 (fol. 3 C-2).

3. RESPUESTA DE LA DEMANDA¹:

La **NUEVA E.P.S.**, da contestación a la demanda mediante escrito fechado el 22 de enero de 2015, por medio del cual manifiesta, que la tutela es improcedente, por cuanto en primer lugar, su solicitud no cumple con los requisitos exigidos en el

¹ Folio 29 a 34 C. Principal.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

artículo 2 del Decreto 047 de 2000, y por otro lado, no se agotaron los mecanismos de defensa judicial ordinarios ni extraordinarios exigidos para la procedencia de la acción de amparo, por consiguiente no hay vulneración de derecho alguno por parte de la entidad prestadora de salud, ante lo cual solicita que se nieguen las súplicas de la demanda.

4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA²:

La Juez de primera instancia, resolvió negar el amparo solicitado, por cuanto no se cumplió con el requisito de tiempo, exigido tanto legal, como jurisprudencialmente para reclamar el derecho a la licencia de maternidad por vía de tutela, de un (1) año, contado a partir del alumbramiento del bebé.

5. LA IMPUGNACIÓN³:

La parte accionante impugna la sentencia en mención el 25 de enero de 2015, argumentando que de conformidad con el material probatorio aportado, el no pago de licencia de maternidad, ha obedecido a los actos irregulares de la NUEVA E.P.S.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

² Folio 41 a 47. C. Principal.

³ Folio 52 C. Principal.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

¿Es procedente la acción constitucional de tutela como mecanismo transitorio para reclamar el pago de prestaciones de índole meramente económico, cuando se ha dejado transcurrir el término razonable otorgado por la jurisprudencia para el reclamo de dicho derecho por esta vía excepcional?

De ser afirmativo la anterior, se plantea: ¿Se le vulnera el derecho a la salud, seguridad social y mínimo vital, de la persona a quien se le niega el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad?

Como problema jurídico subsidiario se plantea ¿cuáles son los requisitos establecidos para reclamar el derecho a la licencia de maternidad por vía de tutela?

Analizado lo anterior, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiarán los siguientes temas: **i)** Generalidades de la acción de tutela, **ii)** El marco jurídico-normativo sobre la protección a la mujer gestante, **iii)** La procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad y los requisitos para su otorgamiento, y **iv)** El Caso concreto.

6.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Uno de los principios que orienta el ejercicio de la acción de tutela es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Este carácter residual obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de amparo constitucional, no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...)

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.

(...)

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar ‘una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales’, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios,



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

6.2. EL MARCO JURÍDICO-NORMATIVO SOBRE LA PROTECCIÓN A LA MUJER GESTANTE.

El legislativo ha expedido una serie de medidas de protección a la mujer embarazada, como forma de regular y garantizar los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, a su vez dicho tema también ha tenido su marco jurídico a través de los convenios internacionales que amparan y reconocen el carácter especial de la mujer en estado de gestación .

En primera medida, el artículo 43 de la C.P., estableció dicho amparo en la medida que dispuso que la mujer no sería sometida a ninguna clase de discriminación, durante su estado de gestación y aun después del parto gozará de especial asistencia y protección por parte del Estado. En igual sentido, el artículo 53 superior señaló



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

dentro de los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad⁴.

Uno de los medios que ha materializado las anteriores disposiciones, es la licencia de maternidad, como prestación económica a la que tiene derecho la progenitora del recién nacido, a la madre adoptante del menor de 18 años o al padre adoptante cuando este carezca de cónyuge o compañera permanente, regulada por los cánones de la normativa laboral.

El artículo 236 del C.S.T., modificado por la Ley 1468 de 2011, estableció respecto a la licencia de maternidad:

“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

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

Frente al tema ha dicho la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-646 de 2012, Magistrado Ponente Dr. NILSON PINILLA PINILLA, señaló:

“El cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida. (...).

En ese desarrollo, el legislador al definir y establecer la licencia de maternidad, trazó tres propósitos inviolables: (i) propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; (ii) resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración; (iii) reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia.”

En igual sentido señaló la H. Corporación:

⁴ Normas concordantes con el artículo 50 *ibidem*.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

“Reflejo del espectro protector previsto por las normas internacionales y en desarrollo de la definición del Estado colombiano como Social y de Derecho (artículo 1º) y específicamente de su deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13), la Constitución de 1991 dispuso en su artículo 43, de un lado, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres junto con la consecuente prohibición de toda clase de discriminación con fundamento en el género, y de otro, el derecho de las mujeres a gozar de la especial protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Así mismo previó la posibilidad de recibir un subsidio alimentario si entonces estuvieren desempleadas o desamparadas.

En igual sentido y buscando proteger en forma expresa a las madres trabajadoras, el artículo 53 superior estableció como principio rector en materia laboral, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Los preceptos antes citados establecen pues, medidas de protección destinadas a garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social tanto de las mujeres gestantes como de los niñas y niños, en atención a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ellas y ellos ostentan con fundamento en los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional.”⁵

Tanto del marco jurídico, como de la jurisprudencia en cita, se puede concluir que dicha prestación se torna como una manifestación del principio de solidaridad social, y también, una consecuencia de la protección que brinda el Estado a la mujer gestante, como desarrollo de los principios trazados por la regulación constitucional.

6.3. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD Y LOS REQUISITOS PARA SU OTROGAMIENTO:

Respecto al tema, la Doctrina Constitucional ha sido enfática en manifestar que la licencia de maternidad es una prestación económica que opera como uno de los mecanismos en los que se concreta la especial asistencia y protección que el Estado debe brindar a la mujer durante el embarazo y después del parto, luego entonces, al ser esta, catalogada como una acreencia de tipo prestacional, la acción de tutela no sería procedente, debido a que este es un derecho litigioso que debe ser resuelto

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-127 de 2009, MP. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

de forma natural a través de la jurisdicción laboral y en uso de los medios ordinarios que existen para lograr su reconocimiento.

Ha dicho la Máxima Autoridad en lo Constitucional:

“De acuerdo a lo indicado por la doctrina constitucional, por regla general, la acción de tutela es improcedente para ordenar el pago de derechos prestacionales , dentro de los cuales por supuesto se encuentra la suma respectiva que debe reconocerse y cancelarse, bien sea por la E.P.S. o por el empleador, según el caso, por concepto de licencia de maternidad . De allí que por tratarse de una prestación económica, para su reconocimiento y pago, en principio, debe acudirse a la jurisdicción ordinaria laboral en ejercicio de las acciones pertinentes. Sin embargo, la aplicación de la regla general no se opone a que al presentarse ciertas circunstancias específicas, haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela , esto es, cuando esta prestación es la única fuente económica de ingresos con que cuenta la madre y su hijo para su manutención . En estos casos, el amparo constitucional se convierte en el medio efectivo para ordenar el reconocimiento y pago de este derecho de contenido económico. En otras palabras, sólo procede la tutela cuando la licencia se constituye en el salario de la madre que dio a luz por el tiempo en que la trabajadora se encuentra retirada de sus labores, por cuanto, es el único medio de subsistencia en condiciones de dignidad, no solamente de la madre, sino de su recién nacido hijo .

Así, este derecho que en principio es una prerrogativa de orden legal y por ende el litigio debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, adquiere relevancia constitucional cuando el no pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas tanto de la madre como del hijo, en aquellos casos en los que el valor percibido por este concepto durante el transcurso del periodo de licencia, se convierten en su único sustento.”⁶

De lo anterior se puede anotar, que si bien la jurisprudencia expone que por regla general la acción de tutela es improcedente para reclamar prestaciones de índole económica, entiéndase para este caso, la licencia de maternidad, también es cierto que ha señalado una excepción a dicha regla: **i)** cuando el no pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas tanto de la madre como del hijo, en aquellos casos en los que el valor percibido por este concepto durante el transcurso del periodo de licencia, se convierten en su único sustento, y se vea amenazado su mínimo vital, los derechos del niño. Vale decir, cuando el no reconocimiento y pago de la licencia

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 906 de 2006 Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

de maternidad vulnera la calidad de vida, la seguridad social, la salud, y la alimentación de la progenitora y del infante.

La H. Corte Constitucional señaló:

“Por cuanto se considera que la madre y el hijo son sujetos de especial protección constitucional que, por lo mismo, requieren atención de parte del Estado para salvaguardar su mínimo vital y sus condiciones de vida dignas, los medios ordinarios, no son los idóneos para reclamar esta prestación, pues no cuentan con la agilidad suficiente para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos.

Lo anterior no quiere significar que en todos los casos procede la acción para reclamar las licencias de maternidad, pues se ha establecido que sólo en aquellos eventos en los que se amenace el mínimo vital de la madre y su hijo y, en consecuencia, otros derechos fundamentales, podría proceder este mecanismo

Del mismo modo, se ha indicado, por vía jurisprudencial, que existen dos eventos en los cuales se presume la vulneración del mínimo vital, cuales son: (i) cuando la madre devengue el salario mínimo legal y (ii) cuando éste sea su única fuente de ingresos. En tales supuestos le corresponde a la E.P.S. demostrar que con el no reconocimiento del pago de la licencia no se está afectando las condiciones de subsistencia de la madre y su hijo recién nacido.”⁷

En otro de sus múltiples pronunciamientos, había manifestado la misma Corporación:

“En este orden, pese a que la licencia como derecho que concreta la protección a la maternidad, tiene un contenido eminentemente prestacional y por ende de contenido económico, puede convertirse en un derecho fundamental, cuando por conexidad se afectan derechos y principios como la dignidad humana y los derechos del niño. Vale decir, cuando el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad vulnera la calidad de vida, la seguridad social, la salud, la alimentación y el mínimo vital de la madre y del hijo. Es esta la razón por la cual se predica que existe una protección doblemente reforzada, habida cuenta que concurren no solamente derechos fundamentales en cabeza de la madre, sino también de su menor hijo⁸, que forman una unidad “mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo)”.

Lo que se pretende entonces es efectivizar los derechos constitucionales que les asisten (a la madre y a su hijo), máxime cuando debe respetarse igualmente el denominado “interés superior del niño”, que es el principal principio que regula y orienta los derechos del niño,

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-216 del 23 de marzo de 2010, MP. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

⁸ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-365 del 10 de mayo de 2007.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

que ha sido reconocido por el derecho internacional y en especial en el artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño⁹⁻¹⁰

Por lo anterior, queda claro que corresponde al juez de tutela analizar cada caso en concreto para resolver sobre la viabilidad del mecanismo de amparo como mecanismo transitorio, siempre que se vislumbre la configuración de alguno de los supuestos anteriormente señalados por la doctrina constitucional.

Ahora bien, en lo que atañe a los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, estos se encuentran consignados en los Decretos 1804 de 1999 y 47 de 2000, agrupados de la siguiente manera; **i)** Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación **ii)** que su empleador o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho y **iii)** que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho.

Como sustento de lo anterior es importante traer a colación la sentencia T-216 de 2010, Magistrado Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, providencia en la que se establece el criterio de flexibilización, para así evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las madres y de sus hijos en las condiciones precisadas:

“De acuerdo con la normatividad vigente, tales requisitos son: (i) Que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación (Decreto 47 de 2000), (ii) que su empleador (o la misma cotizante, en caso de ser trabajadora independiente) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de

⁹ Ver Sentencia T-906 de 2006. Ibídem.

¹⁰ Cfr. Sentencias T-270 de 1997, T-567 de 1997, T-662 de 1997, T-104 de 1999, T-139 de 1999, T- 210 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999, T-258 de 2000, T-467 de 2000, T- 1168 de 2000, T-736 de 2001, T-1002 de 2001 y T-707 de 2002.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

causación del derecho (Decreto 1804 de 1999), y iii) que la afiliada haya realizado aportes al sistema de manera completa durante el año anterior a la causación del derecho (Decreto 1804 de 1999).

Entonces, una vez solicitado el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad a la E.P.S., la entidad verifica que la madre cumpla con los requisitos y, si no los llegase a acreditar, procede a negar la prestación económica aludida. En razón de esto, esta Corporación ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que si bien hay que atender a los requisitos impuestos por el legislador, éstos, en ciertos casos, no pueden ser aplicados de manera tan estricta, pues podrían vulnerar derechos fundamentales de la madre y, en consecuencia, de su hijo.

En observancia de lo anterior, la Corte se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de los que se refieren (i) al tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el período de gestación y (ii) al pago oportuno de las cotizaciones al sistema de salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.”

Ahora bien, los anteriores son requisitos establecidos legalmente para la obtención del derecho a reclamar la mentada prestación, la cual como se ha dicho en líneas precedentes, se solicita y se tramita por los medios ordinarios, por consiguiente existen también unos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional que creó una presunción de la afectación del mínimo vital de la madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido en los siguientes casos:

- a) Por el no pago de la licencia de maternidad¹¹.
- b) Cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso¹².
- c) Cuando no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor corresponde a la EPS o al empleador desvirtuar dicha presunción¹³.

Frente al último de los requisitos ha sido clara la Corte Constitucional en manifestar, que el plazo para reclamar el derecho a licencia por vía de tutela no

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-053 de 2007 M.P Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906 de 2006. M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003. M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de C.P., esto es, 364 días, tiempo en que la madre podrá reclamar a través del mecanismo de amparo el pago de la licencia arbitrariamente negada, siempre que se den los siguientes supuestos, cuando: **i)** cumpla con los requisitos legales para acceder al derecho, y **ii)** se vulnere su derecho al mínimo vital.

Frente al tema ha expuesto la H. Corte Constitucional:

“Se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y su hijo o hija recién nacida si ella devenga un salario mínimo o si el salario es su única fuente de ingreso. Esta presunción se ve reforzada si se trata de madres cabezas de familia. 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.

Finalmente, la acción procede sólo si es interpuesta dentro del año siguiente al nacimiento del o la menor, pues pasado este tiempo se entiende que no existe conexidad entre el no pago de la licencia de maternidad y la posible afectación del derecho al mínimo vital.¹⁴

*En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados para acceder a la licencia de maternidad, así como determinar si es procedente la reclamación de la misma a través de la acción de tutela.*¹⁵ (Destacado de la Sala).

Es claro pues, que para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional se debe entender que la solicitud de ese derecho prestacional, sea planteado por la madre ante el juez de tutela dentro del año siguiente al nacimiento del su hijo, de lo contrario no se puede hallar conexidad entre lo pretendido y el posible perjuicio irremediable que conlleve a la afectación del mínimo vital tanto de la madre como del niño.

¹⁴ Ver Sentencia T- 1160 de 2008 M.P Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092 de 2006. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Bastan los anteriores argumentos normativos y jurisprudenciales para entrar a estudiar,

7. EL CASO CONCRETO:

Como se pudo observar de lo expuesto por las partes es claro que para el caso de marras lo que se pretende es la obtención del reconocimiento al pago de una licencia de maternidad, la que en principio, como se expuso en los considerando de esta providencia, es una prestación de carácter meramente económico y por ende susceptible de ser debatida por la justicia ordinaria, no obstante se estudiaron los requisitos para que la misma pueda ser reclamada por la vía de tutela, encontrando la Sala como hechos relevantes y pruebas que sustentan la petición los siguientes:

- Respuesta a la solicitud del pago de la licencia de maternidad (fol. 6)
- Copia de la constancia de afiliación al sistema de salud caja de compensación familiar de sucre (fol. 7).
- Copia de la licencia de maternidad por 98 días del 10 de enero de 2014 (fol. 8).
- Copia del registro civil de nacimiento de Keiler David Carracedo Castro (fol. 9).
- Copia de la constancia de afiliación a la NUEVA E.P.S (folio 10)
- Copia de la epicrisis de la señora Leida Cristina Castro Hoyos (fol. 12-13)
- Copia del Certificado de semanas cotizadas (fol. 14).

De las pruebas allegadas, se puede extraer, que la fecha de nacimiento del menor hijo de la actora fue el **9 de enero del año 2014**, tal como da cuenta el registro civil de nacimiento (folio 9) y la copia de la historia clínica de la accionante (folio 12-13), contrario a lo que esta afirmó que el nacimiento fue el 16 de enero de 2014.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Por lo anterior, y en vista a que la acción de tutela fue interpuesta el 16 de enero de 2015, esto es, por fuera del año siguiente al alumbramiento del niño, se entiende que la actora acudió al juez de tutela fuera del término establecido por la doctrina constitucional para conseguir el amparo por la vía de la acción de tutela, como quiera que dicho término feneció el 9 de enero del 2015.

Son estas razones suficientes para **CONFIRMAR** el fallo recurrido, que denegó por improcedente el amparo solicitado, toda vez que se encuentra claro para la Sala, que la reclamación de la licencia de maternidad se hizo por fuera del término señalado por la ley y la jurisprudencia constitucional, esto es, 364 días, posteriores al alumbramiento del niño. Lo anterior no es obstáculo para que la actora acuda al juez ordinario laboral, para que se discuta por los causes jurisdiccionales normales, el tema acá estudiado.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es la proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO SUCRE, el día 22 de enero de 2015, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 22.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ