

ACCION DE TUTELA - Procedencia excepcional para obtener el reintegro a un cargo de una mujer en estado de embarazo / FUERO DE MATERNIDAD - Protección laboral especial para la mujer en estado de embarazo y durante el periodo de lactancia / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR EMBARAZO - Noción

La tutela no es el mecanismo idóneo para el reintegro al trabajo de una mujer embarazada. Para ello existen medios judiciales de defensa a ejercer ante la jurisdicción laboral ordinaria o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso. Por regla general estos medios de defensa resultan idóneos toda vez que tienen la virtualidad de reparar el daño que pueda producir un despido injusto. Empero, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones a la anterior regla general: i) cuando esté de por medio la protección del mínimo vital de la madre y del hijo que está por nacer o del recién nacido; y ii) cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional. El fuero de maternidad o la estabilidad laboral reforzada por embarazo comporta la protección especial que la Constitución y la ley brindan a la mujer trabajadora durante la gestación y los tres meses posteriores al parto, que impide su despido durante ese tiempo e impone la presunción de haberse producido sin justa causa cuando ello ocurre en esa época, salvo autorización de la autoridad competente. Cabe advertir además que existe prohibición de despedir a la trabajadora durante la lactancia...resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar o discriminar a la mujer que se encuentra en estado de gestación, porque ello atenta directamente contra el derecho de la autodeterminación, manifestado en el libre desarrollo de la personalidad; contra los derechos a la libertad personal y a la igualdad; contra la familia misma como núcleo esencial de la sociedad; contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido a quienes también la Constitución les brinda un tratamiento especial. En síntesis, durante la vigencia del período de protección foral, que se extiende durante el embarazo y los 3 meses posteriores al parto, la madre gestante y lactante puede pedir el amparo y obtener la protección pertinente derivada de su despido que, ocurrido en ese lapso de tiempo, se presume derivado de su especial estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 239 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 51

RETIRO DEL SERVICIO DE MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO POR SUPRESION DEL CARGO EN DESCONGESTION - No procede el reintegro / REINTEGRO AL CARGO - No se satisfacen los requisitos establecidos para tal fin

No hay lugar a ordenar, por vía de tutela, el reintegro solicitado por la actora, pues tal protección excepcional se dispensa con ocasión de la vigencia del fuero de protección y por supuesto de la existencia del cargo, lo que aquí no se satisface... el fuero de maternidad se extiende durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto... durante los tres meses de lactancia está prohibido el despido. La licencia de maternidad de la actora se venció el 17 de noviembre de 2013 y sus tres meses de lactancia se cumplieron el 17 de febrero de 2014. La demanda de tutela se presentó el 27 de ese mismo mes y año. Es decir, ya había finiquitado el plazo del fuero de protección por maternidad e incluso el tiempo de lactancia. De otra parte, se encuentra acreditado el pago a la actora de lo adeudado por concepto de la licencia de maternidad. No se configuran los requisitos ya anotados para ordenar el reintegro por vía de tutela en casos donde se alega la existencia de la protección foral por maternidad... Finalmente, si bien el cargo desempeñado por la actora se prorrogó sucesivamente, sin interrupción alguna, hasta el 15 de noviembre de 2014 según lo

certifica la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa de Consejo Superior de la Judicatura, mal puede desatenderse que en el Acuerdo No. PSAA14-10282 de 31 de diciembre de 2014, no se prorroga expresamente el cargo de Auxiliar Judicial Grado 1, en descongestión, del despacho 003, del Tribunal Administrativo de Arauca, ocupado en su oportunidad por la tutelante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 43 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53

REEMBOLSO DEL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD - Improcedente dado el carácter de pretensión patrimonial / REEMBOLSO DEL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD - Improcedente ante existencia de otro mecanismo judicial idóneo

La solicitud de la parte impugnante para que se le ordene a la EPS SANITAS reembolsarle los dineros que afirma haberle pagado a la accionante, por concepto de la licencia de maternidad, en modo alguno guarda relación directa o incide en el amparo concedido a los derechos fundamentales suyos y de su hijo recién nacido... la pretensión de reembolso no resulta asunto propio de ventilarse por vía de tutela, no solo por su carácter patrimonial sino por la existencia de otro mecanismo judicial de defensa expedito para debatirla de conformidad con la normativa legal que la informa... así las cosas, la Sala encuentra improcedente la solicitud objeto de la impugnación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00449-01(AC)

Actor: DIANIS MAIDETH PUENTES CARDENAS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA Y OTRO

Se decide la impugnación interpuesta por la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CÚCUTA contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2014, por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

I.- LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1.- DIANIS MAIDETH PUENTES CÁRDENAS, en nombre propio y en representación de su hijo menor, presentó acción de tutela¹ contra la **SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA**. Les atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la protección del recién nacido, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital, y de petición, por haberle dado por terminada su relación laboral durante la licencia de maternidad.

II.- LOS HECHOS

II.1. DIANIS MAIDETH PUENTES CARDENAS ingresó a laborar en el Tribunal Administrativo de Arauca a partir del 3 de julio de 2012 en el cargo de Auxiliar Judicial grado 01 creado en descongestión por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante **Acuerdo PSAA 12-9542 de 2012**², desde esa fecha hasta el 19 de diciembre de 2012. Al tiempo se vinculó con la **EPS SANITAS**.

II.2. Mediante **Acuerdo PSSAA 12-9781 de 2012** el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó hasta el 30 de abril de 2013 la medida contenida en el **Acuerdo PSAA 12-9542 de 2012** incluyendo el cargo de Auxiliar Judicial grado 01 desempeñado por la actora.

II.3. El 15 de enero de 2013 informó y acreditó su estado de embarazo a la Coordinadora de Recursos Humanos del Consejo Seccional de la Judicatura de Cúcuta – Norte de Santander.

II.4. Mediante **Acuerdo PSAA 13-9897 de 2013** el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó nuevamente el cargo hasta el 31 de julio de 2013 y después hasta el 30 de septiembre de ese año según **Acuerdo PSAA 13-9962 de 2013**. Su nombramiento corrió igual suerte.

¹ 27 de febrero de 2014.

² “Por medio del cual se adoptan medidas transitorias para el fortalecimiento de los despachos que ingresan a la oralidad y se adoptan medidas complementarias en el Distrito Judicial Administrativo de Arauca”.

II.5. El 12 de agosto de 2013 nació su hijo y se le concedió licencia de maternidad desde esa fecha hasta el 17 de noviembre del mismo año. En el cargo que ocupaba se nombró a **JOHANA KATERINE TOVAR CEDEÑO** para desempeñarlo hasta el 30 de septiembre de 2013, fecha final de su prórroga.

II.6. Por **Acuerdo PSAA 13-9991 de 2013** el Consejo Superior de la Judicatura prorrogó las medidas de descongestión hasta el día 19 de diciembre de ese año y el magistrado nominador del Tribunal Administrativo de Arauca hizo lo propio con el nombramiento de la señora **TOVAR CEDEÑO** mediante Resolución 013 de 30 de septiembre de 2013, sin hacer ver que en ese cargo estaba una persona en licencia de maternidad.

A juicio de la actora, ello impidió su regreso al empleo que venía ocupando durante las anteriores prórrogas, desconociendo el fuero que la amparaba y sin notificársele tal situación. A quienes venían laborando en cargos similares se les prorrogó su vinculación. La descongestión se volvió a extender hasta mayo de 2014.

II.7. Durante los meses de agosto y septiembre de 2013 recibió los pagos por su licencia de maternidad, sin embargo no ocurrió lo mismo en los meses de octubre y noviembre porque su nombramiento no fue reiterado pese a la prórroga del cargo hasta el 19 de diciembre de 2013 y al fuero que la cobijaba.

II.8. De la no reiteración de su nombramiento se enteró al momento de retornar a su trabajo luego de la terminación de la licencia de maternidad, situación que le confirmó por vía telefónica el Consejo Seccional de la Judicatura de Cúcuta, quien lo sabía desde el mes de septiembre de 2013.

II.9. Para lograr el pago omitido y brindar protección a su hijo recién nacido, **MATÍAS HERNANDO ARAÚJO PUENTES**, acudió a la **EPS SANITAS** quien le requirió una autorización de su empleador, que no se le ha expedido.

II.10. Los servicios de salud por parte de la **EPS SANITAS** le han sido suspendidos pues la Rama Judicial no ha efectuado las cotizaciones. Esto le impide vincularse a otra EPS y le conculca sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido.

II.11. La accionante sostiene que se encuentra desamparada por el no pago de su licencia de maternidad y el despido injusto de que ha sido víctima, lo que incluye a su hijo a quien está lactando. Se ve afectada en lo relacionado con la vivienda, salud, alimentación, mínimo vital y recreación.

III. PRETENSIONES

La actora las concreta así:

“**1-** Se tutele el derecho al trabajo, estabilidad laboral reforzada (período de maternidad y lactancia), seguridad social violada por la no prórroga de mi vinculación laboral cuando estaba disfrutando de mi licencia de maternidad y habiéndome prorrogado el acuerdo mediante el cual estaba siendo contratada hasta el 19 de diciembre de 2013, que posteriormente se prorroga hasta el 30 de mayo de 2014, ordenando al Tribunal Administrativo de Arauca el reintegro de mi cargo a uno de igual categoría.

1.1. Como consecuencia de esa protección y reintegro se me realicen los pagos de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta la fecha de decisión de la presente acción.

2- Se tutele mi derecho a la salud, actualizando mi estado de cuentas con la EPS SANITAS, a fin de que pueda acceder nuevamente a los servicios médicos para mí y mi hijo recién nacido.

3- De no proceder mi reintegro, respetuosamente solicito se ordenen los siguientes pasos consignándolos en mi cuenta bancaria de Ahorros No. 0644175789 del Banco BBVA, así:

3.1. El pago de mi licencia de maternidad, autorizada mediante el número 4-54075994, calendada 20 de agosto de 2013, del mes de Octubre por la suma de cuatro millones ciento nueve mil quinientos sesenta y siete pesos, (\$4.109.567.oo).-

3.2. El pago de mi licencia de maternidad, autorizada mediante el número 4-54075994, calendada el 20 de agosto de 2013, de los 1 al 17 días del mes de Noviembre por la suma de dos millones doscientos cincuenta y tres mil seiscientos treinta y tres pesos, (\$2.253.633.oo).-

3.3. El pago de los 60 días de salario que establece el despido en período de lactancia fuera de los demás pagos que corresponda por ley.

4- Que la orden impartida por su honorable despacho sean de inmediato cumplimiento.”

IV. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la tutela. Ordenó notificarla al **Tribunal Administrativo de Arauca** y a la **Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Cúcuta**. Posteriormente vinculó a la **EPS SANITAS**.

En segunda instancia se ordenó notificar a **JOHANA KATERINE TOVAR CEDEÑO**, quien reemplazó a la actora en el cargo que ocupaba, o a la persona que se encuentre desempeñándolo.

III.1. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander

Informó que no nombra a los empleados de los Tribunales, y que la Directora Seccional de la Rama Judicial de Cúcuta, es quien representa a la Rama y está facultada para constituir apoderados especiales.

III.2. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta – Norte de Santander

Manifestó que envió a la accionante la autorización solicitada por la **EPS SANITAS** para el pago de la licencia de maternidad, y pidió a la EPS el retiro de la actora.

Antes de la sentencia de primera instancia la **Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta – Norte de Santander** informó haber pagado a la tutelante su licencia de maternidad. Al respecto sostuvo:

“Como pueden evidenciar que esta Dirección Seccional de Administración Judicial de Cúcuta realizó los pagos por licencia de Maternidad a la Dra. DIANIS MAIDETH PUENTES CARDENAS, el tiempo mientras tuvo vínculo laboral lo que quiere decir 20 días de agosto y 30 días de septiembre de 2013 y que a la fecha la EPS Sanitas no ha realizado este reconocimiento económico por estos pagos a esta Dirección Seccional.

Que el tiempo faltante por pagar de licencia de maternidad, octubre y fracción de noviembre de 2013 debe ser pagado por la EPS Sanitas toda vez que esta Dirección Seccional pagó en salud todo el tiempo de gestación de la Dra. DIANIS MAIDETH PUENTES CARDENAS.

Que la situación presentada debe ser resuelta por la entidad promotora de salud (EPS), quien es competente para dar trámite a dicha petición deben ser la entidad la EPS SANITAS que es en este caso donde estaba afiliada la doctora DIANIS MAIDETH PUENTES CARDENAS.”

III.3. El Presidente del Tribunal Administrativo de Arauca

Explicó que la permanencia de la demandante en el cargo de auxiliar judicial 01 era por lapso definido y cuando se ostenta tal vinculación no proceden algunos derechos o beneficios que si pueden recibir otras personas.

Planteó que una mujer cuenta con un fuero de protección especial reforzada durante el embarazo y seis meses después del parto, que es el tiempo de la dieta y la lactancia respectivamente, cuyo despido en tal época se presume injusto, dando lugar al reintegro y al pago del respectivo resarcimiento, a menos que por razones objetivas y comprobables sea ineludible y aceptable.

Expuso que vía tutela la actora busca una estabilidad que supera la vigencia del acuerdo de descongestión y la disponibilidad presupuestal, como si el nominador pudiera exceder esas fronteras, así como también que se le siga nombrando al prorrogarse las medidas de descongestión como si ello forzara al nominador a continuar con el mismo equipo de trabajo inicial, lo cual no es así, pues los acuerdos del Consejo Superior en ningún momento imponen tal cosa sino que prorrogan la existencia temporal del cargo, teniendo la libertad el nominador para generar novedades en su planta de personal al final de cada prórroga.

Subrayó que la licencia de maternidad se otorgó porque en ese momento estaba nombrada en descongestión, prorrogándose posteriormente la medida mediante un nuevo acuerdo, lo cual originó nominar a otra persona para garantizar la continuidad del servicio.

Concluyó que el retiro de la demandante no se debió a una actuación discriminatoria, sino que obedeció a una situación objetiva que desbordaba las facultades del Magistrado nominador quien no podía designarla por un tiempo superior al permitido por la medida transitoria de descongestión, ocurriendo el cese laboral al momento de la finalización del período para el cual fue nombrada, circunstancia que la actora conocía muy bien.

Arguyó que el reintegro resulta jurídicamente imposible, pues si en gracia de discusión se aceptara que el cargo temporal de descongestión debe mantenerse por el tiempo de la estabilidad reforzada que suscita el embarazo, en el caso de la peticionaria solo iría hasta el 12 de febrero de 2014, época en la cual se cumplieron los 6 meses posteriores al parto, fecha que ya se superó.

III.4. La EPS SANITAS

Argumentó que la actora está retirada de dicha organización desde el 1° de noviembre de 2013.

Alegó que el 28 de julio de 2013 se le autorizó la licencia de maternidad por 98 días desde el 12 de agosto de 2013 al 17 de noviembre de 2013 con derecho al reconocimiento económico, cuyo pago se autorizó el 7 de abril de 2014, a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Distrito de Cúcuta, *“de las fracciones de agosto, septiembre y octubre de 2013 de esta licencia (valor \$10.737.900). No se autorizó el valor de la fracción de noviembre de 2013 (\$2.253.633) por no haber aporte por cotización para este mes.”*

III.5. Milena Eloísa García Ibarra y Viviana García Montoya, quienes ocupan el cargo de Auxiliar Grado 1 del despacho 003 del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Arauca

Sostuvieron que los cargos ocupados por ellas fueron creados transitoriamente dentro de medidas de descongestión y su provisión se torna incierta cada vez que pierden vigencia, a partir de la cual el nominador, en ejercicio de su discrecionalidad prorrogaba el nombramiento de la actora por el nuevo término de la medida.

Alegaron que si bien las sucesivas prórrogas generaron en la tutelante una expectativa de continuidad, no es del caso deprecar la estabilidad laboral reforzada por maternidad, por cuanto su desvinculación ocurrió por la terminación del acuerdo que se encontraba vigente y que coincidió con la época en que se encontraba en licencia de maternidad, mas no por una discriminación de orden subjetivo.

Esbozaron que la pretensión de reintegro puede hacerla valer demandando judicialmente el acto administrativo mediante el cual se le nombró reemplazo. Pidieron la confirmación de la sentencia.

V. EL FALLO IMPUGNADO

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de junio de 2014 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la improcedencia de la tutela, en relación con la censura a la Resolución No. 013 de 30 de septiembre de 2013.

SEGUNDO. NEGAR el amparo por el cuestionamiento dirigido a que se ordenara su retiro de la EPS SANITAS.

TERCERO. CONCEDER el amparo solicitado por la señora Dianis Maideth Puentes Cárdenas. En consecuencia, **ORDENAR** a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cúcuta que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente providencia, efectúe el pago de las fracciones de la licencia de maternidad correspondientes al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013.

CUARTO. ORDENAR a la EPS SANITAS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente providencia, expida el paz y salvo requerido por la señora Dianis Maideth Puentes Cárdenas y su hijo Matías Araújo Puentes.

QUINTO. INSTAR a la Directora Seccional de Administración Judicial de Cúcuta, para que en delante de respuesta coherente, seria y oportuna a las acciones de tutela que se instauren en su contra.

(...).”

Adoptó tales decisiones por las siguientes razones:

-La actora conoció en octubre de 2013 la decisión de Tribunal de no mantenerla en su cargo y pudo controvertir la Resolución 013 de 30 de septiembre de 2013 mediante la cual se le nombró reemplazo en el cargo que ella desempeñó hasta el vencimiento del plazo inicial de la descongestión.

-En el curso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se pueden decretar medidas cautelares de urgencia para proteger derechos fundamentales ante un perjuicio irremediable.

-La **EPS SANITAS** actualizó el estado de cuentas de la accionante porque allegó certificación según la cual fue retirada de la entidad el 1° de noviembre de 2013, quedando en libertad para afiliarse a otra entidad prestadora de salud. Sin embargo no está acreditado que hubiese entregado en paz y salvo correspondiente, el cual debe expedir y entregar en guarda del derecho a la salud de la actora y su menor hijo.

-La accionante tiene el derecho a recibir el pago de la licencia de maternidad concedida desde el 12 de agosto al 17 de noviembre de 2013. Como la **EPS SANITAS** autorizó el pago a favor de la **Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**, de las fracciones correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013, y posteriormente dicha dirección certificó que no había girado lo pertinente al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013, por la desvinculación laboral de la actora, corresponde a la referida dirección pagar a la empleada las fracciones de la licencia de maternidad correspondientes al mes de

octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013 por no haber realizado las cotizaciones durante ese período.

-La Directora Seccional de Administración Judicial de Cúcuta presentó informes incoherentes pues a pesar de conocer que la **EPS SANITAS** había autorizado el reconocimiento económico de la incapacidad por los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013, manifestó que la entidad prestadora de salud no los había realizado.

Una de las magistradas que suscribió dicha sentencia aclaró su voto respecto de la declarada improcedencia de la tutela para cuestionar la Resolución 013 de 30 de septiembre de 2013 porque

“...en mi criterio la petición de amparo no solo cuestionaba la legalidad de dicho acto administrativo –que prorrogó el nombramiento que se hizo a favor de quien reemplazó a la tutelante mientras se encontraba disfrutando de licencia de maternidad- sino que derivaba la lesión a sus derechos fundamentales a no haber sido nuevamente vinculada a la planta de personal del despacho en que laboró, una vez culminó su licencia y en razón a la prórroga de las medidas de descongestión por las que fue nombrada.

De este modo, en el sub examine, correspondía analizar la afectación de tales garantías constitucionales a la luz de la inconformidad planteada y no limitar únicamente el problema jurídico al juicio de legalidad de la citada resolución.”

VI.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER**, impugnó el fallo de primera instancia por cuanto durante todo el tiempo de trabajo de la accionante remitió a la **EPS SANITAS** la totalidad de los pagos correspondientes al servicio de salud, al punto

que dicha **EPS** reconoció la licencia de maternidad, y aún no le ha reintegrado los valores que ya sufragó a la peticionaria de tutela.

En apoyo de su argumentación expresó que la **EPS SANITAS** hizo los reconocimientos de los pagos a realizar mediante las siguientes certificaciones de “INCAPACIDAD LABORAL LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD”:

- “No. De autorización 4-54075994, total días acumulados 98, días a pagar 20 valor a reconocer \$2.651.333, para descontar en el período mes 08 año 2013.
- No. De autorización 4-54075994, total días acumulados 98, días a pagar 30 valor a reconocer \$3.977.000, para descontar en el período mes 09 año 2013.
- No. De autorización 4-54075994, total días acumulados 98, días a pagar 31 valor a reconocer \$4.109.567, para descontar en el período mes 10 año 2013.
- No. De autorización 4-54075994, total días acumulados 98, días a pagar 17 valor a reconocer \$2.253.633, para descontar en el período mes 11 año 2013.”

Subrayó el hecho de haber pagado a la actora los dineros correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2013, e informó que mediante Resolución 1770 del 2 de julio de 2014 ordenó el pago de la suma equivalente al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013, según lo ordenado en la sentencia de primera instancia, lo cual equivale a un gran total de \$12.991.533,01.

Pidió, por vía de impugnación, que se le ordene a la **EPS SANITAS** el reembolso o reintegro de tales dineros.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

VII.1. CUESTIÓN PREVIA

Si bien solo la **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CÚCUTA – NORTE DE SANTANDER** impugnó el fallo para que se le autorice el reembolso de unos dineros, no puede perderse de vista que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas (extra y ultra petita) que debe asumir de manera activa para brindar la adecuada protección a los derechos constitucionales de las personas, al punto que puede decidir más allá de lo pedido o sobre pretensiones que no hicieron parte de la demanda, e incluso sobre aspectos no censurados por una de las partes que eventualmente tengan la virtualidad de amenazar o conculcar garantías supraleales, sin que las pretensiones o argumentos de la impugnación le impongan límites.

VII.2. PROBLEMA JURÍDICO A DILUCIDAR

Corresponde a la Colegiatura determinar:

i) Si en esta oportunidad se configuran los requisitos excepcionales para proceder a estudiar, por vía de tutela, si hay lugar a reintegrar a su cargo a una mujer relevada del mismo, durante la protección reforzada del fuero de maternidad;

ii) Si el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA** le vulneró a la actora y a su hijo recién nacido sus derechos fundamentales por haberle dado por terminada su vinculación laboral durante la licencia de maternidad de la cual disfrutaba, nombrándole reemplazo en un cargo de descongestión que, luego de sucesivas prórrogas ha venido funcionando ininterrumpidamente. Y,

iii) Si por vía de tutela, procede ordenarle a la **EPS SANITAS** que le reintegre o reembolse a la **DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CÚCUTA** los dineros pagados a la actora por concepto de su licencia de maternidad.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: **i)** La procedencia excepcional de la acción de tutela para para obtener el reintegro a un cargo; **ii)** La especial protección de la mujer en estado de

embarazo o durante el período de lactancia y la vigencia de fuero de maternidad; para después proceder a **iii)** resolver el caso concreto.

VII.2.1. La procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reintegro a un cargo

La tutela no es el mecanismo idóneo para el reintegro al trabajo de una mujer embarazada. Para ello existen medios judiciales de defensa a ejercer ante la jurisdicción laboral ordinaria o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el caso. Por regla general estos medios de defensa resultan idóneos toda vez que tienen la virtualidad de reparar el daño que pueda producir un despido injusto.

Empero, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones a la anterior regla general: **i)** cuando esté de por medio la protección del mínimo vital de la madre y del hijo que está por nacer o del recién nacido; y **ii)** cuando la cuestión debatida sea puramente constitucional.

VII.2.2. La especial protección de la mujer en estado de embarazo o durante el período de lactancia y la vigencia del fuero de maternidad

El fuero de maternidad o la estabilidad laboral reforzada por embarazo comporta la protección especial que la Constitución y la ley brindan a la mujer trabajadora durante la gestación y los tres meses posteriores al parto, que impide su despido durante ese tiempo e impone la presunción de haberse producido sin justa causa cuando ello ocurre en esa época, salvo autorización de la autoridad competente.

Cabe advertir además que existe prohibición de despedir a la trabajadora durante la lactancia³.

³ Período concedido a la trabajadora dentro de la jornada de trabajo para que amamante a su hijo.

El respaldo constitucional al fuero de maternidad viene dado expresamente por los artículos 43⁴ y 53⁵ de la Constitución Política, el 25⁶ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, el 11⁷ de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y precisas normas del Convenio 111 de la OIT.

De toda esta normativa la jurisprudencia constitucional concluye que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar o discriminar a la mujer que se encuentra en estado de gestación, porque ello atenta directamente contra el derecho de la autodeterminación, manifestado en el libre desarrollo de la personalidad; contra los derechos a la libertad personal y a la igualdad; contra la familia misma como núcleo esencial de la sociedad; contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido a quienes también la Constitución les brinda un tratamiento especial.

A nivel legal el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo contiene la prohibición de despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia. Además consagra la presunción de que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar dentro del término de la gestación y los tres meses posteriores al parto, sin la autorización de las autoridades competentes.

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública, y se dictan otras disposiciones, también trae la misma prohibición en su artículo 51.

En síntesis, durante la vigencia del período de protección foral, que se extiende durante el embarazo y los 3 meses posteriores al parto, la madre gestante y

⁴ Durante el embarazo y después de parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado.

⁵ Protección especial a la mujer y a la maternidad.

⁶ Concede especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

⁷ Prohíbe el despido por motivo de embarazo, implementa la licencia de maternidad con sueldo pagado o prestaciones sociales similares, sin que implique pérdida del espleo ni efectos contra la antigüedad y los beneficios sociales.

lactante puede pedir el amparo y obtener la protección pertinente derivada de su despido que, ocurrido en ese lapso de tiempo, se presume derivado de su especial estado.

VII.2.3. El caso concreto

VII.2.3.1. Procedencia excepcional de la tutela

En el sub examine se configuran los requisitos iniciales de procedencia excepcional para estudiar y decidir, por vía de tutela, si la actora tiene derecho a que se le ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando y del cual fue separada encontrándose en licencia de maternidad.

En principio, el no ejercicio de los medios ordinarios de defensa judicial contra la Resolución 013 de 2013 que nombró reemplazo a la actora mientras ella se encontraba bajo protección foral por maternidad, puede verse justificado por cuanto alega encontrarse en una situación de apremio general tanto para ella como madre lactante, como para su hijo recién nacido, derivada del no pago de su licencia de maternidad, de la no cotización completa en salud por parte del empleador, y de la desprotección en vivienda, salud, alimentación y recreación en detrimento de su mínimo vital.

Si bien la parte demandada descarta la desprotección de la actora y su hijo por la existencia de su esposo quien labora como policía, solo se trata de una referencia sin mayores sustentos.

Además de lo anterior la actora plantea en la demanda una afectación a su fuero constitucional de maternidad ubicando la discusión en terrenos supra legales.

VII.2.3.2. La eventual afectación al fuero de maternidad

La accionante estima vulnerados sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido, pues venía desempeñando el empleo de Auxiliar Judicial grado 01 creado en descongestión en el despacho 003 del Tribunal Administrativo de Arauca, a cargo del Magistrado Wilson Arcila Arango, para precisos períodos de tiempo que se fueron prorrogando sin solución de continuidad, y dentro de los cuales le fue concedida licencia de maternidad en cuyo lapso de tiempo se venció una de las prórrogas y su nominador proveyó el empleo con otra persona desatendiendo el fuero de estabilidad laboral reforzada que la cobijaba, lo que le ocasionó el no pago de parte de su licencia e impidió su retorno al cargo.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

-Mediante Resolución 002 de 28 de junio de 2012 el referido magistrado nombró en provisionalidad a la actora como auxiliar judicial grado 01 de su despacho y en resolución complementaria 006 de ese mismo año precisó que el período del cargo a desempeñar iba desde el 2 de julio al 19 de diciembre de 2012⁸.

-Posteriormente le prorrogó el nombramiento de manera sucesiva hasta el 30 de abril de 2013; luego hasta el 31 de julio de ese mismo año y después hasta el 30 de septiembre de 2013 sin solución de continuidad.⁹

-El 15 de enero de 2013, durante la primera prórroga, la actora informó y acreditó su embarazo a la Dirección Seccional de Administración Judicial.¹⁰

-Con Resolución 009 de 9 de agosto de 2013 el nominador le concedió a la actora una licencia remunerada de maternidad por 14 semanas (98 días), desde el 12 de agosto hasta el 17 de noviembre de 2013 inclusive.¹¹

⁸ Folio 19.

⁹ Folios 20, 21, 25, 26, 29, 30,

¹⁰ Folios 22 al 24.

¹¹ Folios 36 y 37.

-Según resolución 010 de 9 de agosto de 2013, en atención a la licencia de maternidad concedida, consideró que el cargo había quedado vacante y nombró en el mismo a **JOHANA KATERINE TOVAR CEDEÑO** hasta el 30 de septiembre de 2013, fecha hasta la cual se había prorrogado¹².

-Mediante Resolución 013 de 2013 (30 de septiembre) el nominador, ante la nueva prórroga del empleo dispuesta sin solución de continuidad hasta el 19 de diciembre de esa anualidad y considerando que en virtud de ella empieza un nuevo período de descongestión, determinó prolongarle su nombramiento a la señora **TOVAR CEDEÑO** hasta tal fecha, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste para conformar su nuevo equipo.¹³ En esta oportunidad no advirtió o puso de presente que el 17 de noviembre se vencía la licencia de maternidad concedida a la actora.

Frente a lo anterior, el Presidente del Tribunal Administrativo de Arauca explicó en la contestación de la tutela al a-quo que si bien la vigencia del cargo se fue prorrogando, los acuerdos que así lo hicieron estuvieron siempre caracterizados por la temporalidad de la medida y la incertidumbre de su renovación. Resaltó que se trata de cargos a término definido o fijo frente a lo cual la garantía de estabilidad no podía superar cada uno de esos lapsos de tiempo.

A juicio de la Sala una interpretación en este sentido desatiende claros mandatos constitucionales y de tratados internacionales suscritos por Colombia, integrantes de la Carta Política en virtud de Bloque de Constitucionalidad, que le dan plena vigencia y aplicación preferente al fuero de maternidad.

Lo anterior por cuanto:

¹² Folios 138 y 139

¹³ Folios 53 y 54.

i) si bien es cierto que el cargo fue creado y prorrogado por concretos períodos de tiempo, no resulta menos veraz que tales prórrogas han sido ininterrumpidas, sin solución de continuidad, al punto que su vigencia continúa y está prevista hasta el 19 de diciembre de 2014;

ii) la facultad discrecional no obsta para que en cargos de descongestión provistos en provisionalidad se desatienda el fuero de maternidad, más aún cuando vienen prorrogándose sucesivamente;

iii) la alegada vacancia del cargo por el reconocimiento de una licencia de maternidad y los posteriores nombramientos de personas distintas en el mismo empleo por tiempo que exceda tal licencia ponen de presente la desatención de la protección laboral reforzada; y

iv) si se trata de prescindir de los servicios de la empleada, al vencimiento de la licencia de maternidad el nominador debió asumir el regreso de la trabajadora, – madre lactante para la época-, y superada la prohibición de despido, en ejercicio de su razonable mas no absoluta discrecionalidad, motivar siquiera mínimamente la insubsistencia de la servidora.

Por último, cabe poner de presente que tanto el Presidente del Tribunal Administrativo de Arauca en sus descargos al a-quo, como las personas que desempeñan el empleo, vinculadas en esta instancia, argumentan en su favor la Sentencia T-734 de 2007, para descartar la vulneración de los derechos de la actora.

Al punto encuentra la Sala que si bien dicha providencia niega la afectación de reconocimientos fundamentales de la actora, lo hace con ocasión de la efectiva supresión total del cargo, mas no por la desatención del estado de gravidez de la tutelante. Empero, en el mismo fallo se advierte que:

“Circunstancia diferente se habría dado, si el cargo hubiera sido creado nuevamente por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y el nominador sin tener en cuenta el estado de gravidez de la señora Gómez Rizo, hubiera efectuado el nombramiento de otra persona, cuestión que plantearía la sospecha de un trato discriminatorio, contrario a los preceptos constitucionales. (Arts. 13, 43 y 53).” Negrillas y subrayas fuera del texto.

A contrario sensu, tal razonamiento permite entender que ante la prórroga del cargo y su evidente permanencia sin solución de continuidad debe hacerse valer el fuero de maternidad.

Pese a lo expuesto no hay lugar a ordenar, por vía de tutela, el reintegro solicitado por la actora, pues tal protección excepcional se dispensa con ocasión de la vigencia del fuero de protección y por supuesto de la existencia del cargo, lo que aquí no se satisface.

Como ya se dejó expuesto, el fuero de maternidad se extiende durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto. De otra parte, durante los tres meses de lactancia está prohibido el despido.

La licencia de maternidad de la actora se venció el 17 de noviembre de 2013 y sus tres meses de lactancia se cumplieron el 17 de febrero de 2014. La demanda de tutela se presentó el 27 de ese mismo mes y año. Es decir, ya había finiquitado el plazo del fuero de protección por maternidad e incluso el tiempo de lactancia.

De otra parte, se encuentra acreditado el pago a la actora de lo adeudado por concepto de la licencia de maternidad.

Finalmente, si bien el cargo desempeñado por la actora se prorrogó sucesivamente, sin interrupción alguna, hasta el 15 de noviembre de 2014 según lo certifica la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa de Consejo Superior de la Judicatura, a folio 252 del expediente, mal puede desatenderse que en el Acuerdo No. PSAA14-10282 de 31 de diciembre de 2014, no se prorroga expresamente el cargo de Auxiliar Judicial Grado 1, en descongestión, del despacho 003, del Tribunal Administrativo de Arauca, ocupado en su oportunidad por la tutelante.

No se configuran los requisitos ya anotados para ordenar el reintegro por vía de tutela en casos donde se alega la existencia de la protección foral por maternidad.

VII.2.3.3. La petición de reembolso, objeto de la impugnación

Al respecto en el expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos:

-El Tribunal Administrativo de Arauca concedió licencia remunerada de maternidad a la accionante desde el **12 de agosto de 2013 hasta el 17 de noviembre de ese mismo año.**¹⁴

-El 28 de agosto de 2013 la **EPS SANITAS** expidió autorización de licencia de maternidad 4-54075994, a favor de la actora, por el período antes especificado.

-La **EPS SANITAS** mediante escrito LM5-1912–13, del 11 de diciembre de 2013 informó a la actora que por tal concepto solo se le pagarían los valores comprendidos entre el **12 de agosto y el 31 de octubre de 2013**, pues su empleador **incurrió en mora en el pago de los aportes a partir de esa fecha.**¹⁵

En dicho escrito le precisó que la última planilla de autoliquidación se presentó el 8 de octubre de 2013 y que por disposición del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 *“...el trabajador no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.”*

-El 7 de abril de 2014 la **EPS SANITAS** autorizó el pago a favor de la **Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta**, de las fracciones

¹⁴ Folios 36 y 37.

¹⁵ Folios 50 y 51.

de agosto, septiembre y octubre de 2013 y se abstuvo de hacerlo respecto de la fracción del mes de noviembre de ese mismo año por falta de cotización en este último mes.¹⁶

-La **Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta**, mediante oficio de mayo de 2014, aclaró al juez de tutela de primera instancia que solo realizó los pagos a la actora por licencia de maternidad correspondientes al tiempo en que estuvo vinculada laboralmente, es decir desde el 12 de agosto al 30 de septiembre de 2013, correspondiéndole a la EPS pagar el mes de octubre y los 17 días del mes de noviembre de 2013.¹⁷

De conformidad con los hechos acreditados cabe concluir que si bien a la accionante le fue reconocido el derecho a disfrutar de su licencia de maternidad y a recibir los emolumentos correspondientes por el período comprendido entre el 12 de agosto de 2013 hasta el 17 de noviembre de ese mismo año, solo percibió lo pertinente a las fracciones de agosto y septiembre de 2013, desatendiendo la **Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Cúcuta – Norte de Santander** su compromiso de pagar lo atinente al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013, respecto de las cuales afirmó no haber realizado las cotizaciones pertinentes por cuanto la actora no laboró durante ese lapso de tiempo en la Rama Judicial.

Por tanto, en la sentencia impugnada se ordenó a la **Dirección de Administración Judicial Seccional de Cúcuta** que procediera a pagar las fracciones de la licencia de maternidad correspondientes al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013.

La decisión se fundamentó en:

¹⁶ Folio 156.

¹⁷ Folio 159.

i) La certeza del derecho de la actora a recibir el pago de su licencia de maternidad reconocida desde el 12 de agosto hasta el 17 de noviembre de 2013.

ii) El numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 según el cual “(...)serán de cargo del empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho los trabajadores, **en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.**(...).”, omisión en la que incurrió la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Cúcuta al no hacer las cotizaciones por todo el tiempo de la licencia de maternidad de la accionante; y

iii) La máxima según la cual los desacuerdos entre el empleador y la entidades prestadoras del servicio de salud para establecer a quien corresponde el pago de una licencia de maternidad no pueden trasladarse a la beneficiaria de la prestación pues ello va en perjuicio suyo y del recién nacido.

Se tiene, entonces, que el pago de las fracciones correspondientes al mes de octubre y a los 17 días del mes de noviembre de 2013, por concepto de la licencia de maternidad reconocida a la actora, se ordenó en guarda de sus derechos fundamentales y los de su hijo recién nacido, frente a lo cual las diferencias entre la **EPS SANITAS** y la **Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta**, sobre quién debe o no pagar tales sumas de dinero, no resultan oponibles o trasladables a la situación de sujetos de especial protección como los ya mencionados.

En otras palabras, bajo esta perspectiva, la solicitud de la parte impugnante para que se le ordene a la **EPS SANITAS** reembolsarle los dineros que afirma haberle pagado a la accionante, por concepto de la licencia de maternidad, en modo alguno guarda relación directa o incide en el amparo concedido a los derechos fundamentales suyos y de su hijo recién nacido, que se contrae al pago de dicha prestación por parte del empleador, por la especial circunstancia en que se

encuentran, dada por su condición de ser sujetos de especial amparo constitucional, con protección laboral reforzada y cobijados por la presunción de encontrarse en situación de perjuicio irremediable.

Además, la pretensión de reembolso no resulta asunto propio de ventilarse por vía de tutela, no solo por su carácter patrimonial sino por la existencia de otro mecanismo judicial de defensa expedito para debatirla de conformidad con la normativa legal que la informa, a ejercer ante la Superintendencia de Salud que, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ostenta funciones jurisdiccionales, en virtud de las cuales resulta competente para conocer y decidir, mediante un procedimiento preferente y sumario, sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

Así las cosas, la Sala encuentra improcedente la solicitud objeto de la impugnación.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, el numeral primero de la parte resolutive de la providencia impugnada, esto es, la sentencia de 19 de junio de 2014, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en los demás aspectos lo dispuesto en la sentencia impugnada.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de reembolso o reintegro de dineros presentada por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta – Norte de Santander

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO