

T-285-18

Sentencia T-285/18

ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos de procedencia

Esta Corte ha señalado que la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir de la comprobación de las siguientes circunstancias: (i) se interponga dentro del año siguiente al nacimiento; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se realizó el pago de licencia de maternidad

Expediente T-6.632.948

Acción de tutela presentada por José Aldemar Monsalve Solarte como agente oficioso de Sandra Lorena Monsalve Brand contra la Caja de Compensación Familiar EPS (COMFENALCO) del Valle del Cauca

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Santiago de Cali (Valle), en primera instancia, y por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali (Valle), en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por José Aldemar Monsalve Solarte como agente oficioso de Sandra Lorena Monsalve Brand contra la Caja de Compensación Familiar EPS (en adelante COMFENALCO) del Valle del Cauca.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante Auto proferido el 12 de marzo de 2018.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Reseña fáctica

La demandante manifestó, a través de su agente oficioso, José Aldemar Monsalve Solarte, lo siguiente:

1.1. El 22 de abril de 2017 la accionante viajó a los Estados Unidos (Naples, Florida), de vacaciones por el término de un mes. Para ese momento contaba con 25 semanas de embarazo. Por razones inesperadas dio a luz, de manera prematura, el 27 de abril de la misma anualidad.

1.2. Recibió atención médica a través del North Collier Hospital Naples-Florida. Debido al nacimiento prematuro de la menor de edad, esta fue trasladada al South Miami Hospital en donde permaneció en cuidados intensivos hasta el 24 de julio de 2017. Allí le indicaron que debía permanecer en los Estados Unidos mínimo dos meses más. A la fecha de la presentación de la tutela no había podido regresar a Colombia.

1.3. La demandante labora, mediante contrato de prestación de servicios, con la Alcaldía Municipal de Yumbo (Valle). Por ello, asume los riesgos en salud haciendo el pago de las prestaciones sociales a través de COMFENALCO. Una vez obtuvo el registro civil de nacimiento de su hija solicitó ante dicha entidad la “transcripción de su licencia de maternidad, no solo para justificar a su empleador la no asistencia a sus labores cotidianas sino para efectos de solicitar el reconocimiento y pago de la misma (...)” indicándole además

que en dicho país no se emite licencia de maternidad”.

1.4. Mediante respuesta del 28 de junio de 2017, la entidad demandada le informó a la demandante que “no transcribe incapacidades y que solo acepta los certificados de incapacidad o licencia de maternidad en la papelería de la IPS o profesionales médicos adscritos (no particulares), negando entonces la petición, indicando que es necesario presentar la solicitud de licencia de maternidad a través de un formato de reconocimiento económico (...)”.

1.5. En cumplimiento de lo requerido por la entidad accionada, la demandante diligenció el formato respectivo “(...) el cual se envía a dicha entidad con los anexos solicitados excepto el CERTIFICADO DE LICENCIA DE MATERNIDAD, el cual (...) no es expedido en dicho País (sic), y se remite vía correo terrestre con número de factura 962668630 del 26 de junio de 2017”.

1.6. Para la demandante, la transcripción al español de los documentos requeridos por COMFENALCO no era necesaria “(...) toda vez que la atención médica del parto se dio en un hospital estatal de los Estados Unidos de América”. No obstante, “se tradujo al español el certificado de nacimiento y se obtuvo una certificación de la institución médica en español sobre el nacimiento prematuro de la bebé, la cual se aportó”.

1.7. Ha pasado más de un mes desde la presentación de la tutela y la entidad demandada no se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad “(...) lo cual vulnera el mínimo vital y móvil tanto de mi sobrina como de su hija, dado que ese es el único sustento con el que cuenta para su manutención y el de su menor, máxime cuando está en un país extranjero, donde solo cuenta con la ayuda de su hermano. Aunado a ello se vulnera su derecho al trabajo, pues, el (sic) no contar con tal certificado de licencia de maternidad no ha sido posible soportar legalmente la no asistencia a sus labores (...)”.

## 2. Pretensión

La accionante pretende que por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo. En consecuencia, solicita que se le ordene a COMFENALCO VALLE EPS que reconozca y cancele la licencia de maternidad a que tiene derecho por el “nacimiento inesperado y prematuro en el exterior de su menor hija

(...) teniendo en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, debiendo sumarse a las 18 semanas establecidas en la ley”.

### 3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 1 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Copia de respuesta de COMFENALCO VALLE EPS a la petición elevada por la accionante, en la que la entidad informa el pago de la licencia de maternidad (folio 12).

Obran en el cuaderno 2 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Escrito de acción de tutela (folios 1 al 7).

- Escrito de traducción del certificado de nacimiento de la menor Oriana Cerón Monsalve, con fecha de emisión del 09 de mayo de 2017 (folio 10).

- Historia clínica a nombre de Sandra Monsalve Brand, expedida por North Collier Hospital Naples, Florida (folios 11 al 22).

- Reporte final de atención a nombre de la menor Oriana Cerón Monsalve expedido por North Collier Hospital Naples, Florida (folios 23 al 25).

- Constancia de nacimiento de Oriana Cerón Monsalve y de su respectivo traslado a la Unidad de Cuidado Intensivo Neonatal en el South Miami Hospital (folio 25).

- Respuesta a la petición elevada por la accionante, emitida por COMFENALCO VALLE EPS el 28 de junio de 2017 (folios 27 al 28)

- Formato de solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas, diligenciado por la accionante (folio 29).

- Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Santiago de Cali del 28 de septiembre de 2017 (folios 68 al 70).

- Respuesta emitida por la Administradora de los Recursos del Sistema General de

Seguridad Social en Salud (ADRES), entidad vinculada al proceso por el juez de primera instancia, a la acción de tutela instaurada por la demandante (folios 50 al 59).

- Contestación emitida por COMFENALCO a la acción de tutela, instaurada por la demandante (folios 60 al 66).

- Respuesta emitida por SuperSubsidio, entidad vinculada al proceso por el juez de primera instancia, a la acción de tutela instaurada por la demandante (folio 67).

- Escrito de impugnación formulado por José Aldemar Monsalve Solarte, en calidad de agente oficioso de la demandante (folios 106 al 119).

- Sentencia de segunda instancia proferido por Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali del 8 de noviembre de 2017 (folios 120 al 123).

#### 4. Respuesta de la entidad accionada

El Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, mediante providencia del 15 de septiembre de 2017, admitió la acción de tutela y corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo, vinculó al proceso al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), al Ministerio de Trabajo y al Ministerio de Relaciones Exteriores.

4.1. En su escrito de defensa, la entidad accionada manifestó que Sandra Lorena Monsalve Brand registra afiliación en calidad de cotizante independiente en esa entidad y que, de acuerdo a su solicitud, la licencia de maternidad a su nombre se encuentra pendiente puesto que en la radicación no se anexó documentación que diera cuenta de los siguientes requisitos:

“1. La licencia de maternidad debe ser legalizada y traducida al español, suscritos por el cónsul.

2. La firma del Cónsul debe estar avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores”.

Por lo anterior, la licencia de maternidad solicitada “se encuentra pendiente de radicación

de documentos legales para proceder con su reconocimiento”. La entidad resaltó que a su cargo tiene recursos parafiscales de la salud cuyo gasto debe estar plenamente justificado y que, al haber nacido el bebé fuera del país, se requieren documentos adicionales como los solicitados con el fin de justificar la destinación de tales recursos.

En consecuencia, solicitó declarar improcedente la tutela y ordenar a la usuaria aportar los documentos requeridos.

4.2. En cuanto a las entidades vinculadas, estas manifestaron que el acto que dio origen a la vulneración de derechos alegada no se encuentra dentro de sus competencias, por lo tanto, solicitaron que se les desvinculara del proceso. Así mismo, el Ministerio de Salud y Protección Social solicitó que, además de exonerarlo por carecer de competencia en el asunto, se le ordenara a la EPS el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad[1].

#### 5.1. Primera Instancia

El Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, mediante fallo proferido el 28 de septiembre de 2017, negó el amparo de los derechos incoados por considerar que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de legitimación por activa, toda vez que el agente oficioso no se encuentra legitimado para solicitar el amparo de los derechos de la directamente afectada “pues pese a que la actora se encuentre en el exterior, – Estados Unidos de América-, ello no impide que pueda otorgar un poder para que la representen en este país”. Adicionalmente, consideró que no se vulneraron los derechos de la accionante “puesto que se encuentra en buenas condiciones, en la residencia de un familiar, y aunado a ello no se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable”.

#### 5.2. Impugnación

La parte accionante impugnó la decisión de primera instancia indicando que no resultaba admisible el argumento del juez respecto a no aceptar la agencia oficiosa, puesto que, a causa de las condiciones de salud de su bebé, la accionante no había podido retornar al país ni dedicarse a las diligencias necesarias para tramitar el poder que señaló el a quo. Así mismo, resaltó que las exigencias demasiado formalistas contrarían la especial protección a los menores de edad.

En cuanto al argumento del juez sobre la inexistencia de perjuicio irremediable, recordó que esta Corte ha indicado que en casos en que se exija el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se presume la existencia de una afectación al mínimo vital de la madre y de su bebé. Además, señaló que la exigencia de la licencia de maternidad expedida en Estados Unidos representaba un trámite jurídicamente imposible de obtener pues en ese país no expiden ese tipo de documento, máxime cuando la accionante no se encontraba trabajando sino de vacaciones. En consecuencia, solicitó revocar la decisión de primera instancia y amparar los derechos invocados.

### 5.3. Segunda Instancia

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali, mediante proveído del 08 de noviembre de 2017, confirmó el fallo de primera instancia por considerar que la demandante no demostró la imposibilidad de otorgar poder para ser representada. Así mismo, indicó que, si bien la licencia de maternidad es una prestación que también afecta a la recién nacida, el hecho de que la madre no haya realizado las acciones pertinentes para prevenir la afectación de los derechos de la menor de edad pone en duda la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la intervención inmediata del juez de tutela.

## II. PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

La demandante allegó al proceso, vía correo electrónico, documento con fecha del 7 de febrero 2018 en el cual COMFENALCO VALLE EPS le informa el pago de la licencia de maternidad.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, por conducto de esta Sala de Revisión, es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Procedencia de la acción de tutela en el caso sub judice

## 2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”. En la misma norma, se establece que la legitimación por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa[2].

La agencia oficiosa es un mecanismo a través del cual se legitima a terceros para intervenir en los intereses de otros. En la jurisprudencia de esta Corte, se ha fundamentado la validez de este mecanismo a partir de tres principios constitucionales: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, el cual le impone a la administración que flexibilice los mecanismos institucionales para permitir la efectiva materialización de tales derechos; (ii) el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, que busca impedir que por circunstancias exclusivamente procedimentales, se vulneren o desconozcan los derechos fundamentales; y (iii) el principio de solidaridad, que obliga a toda la sociedad colombiana a defender los derechos ajenos, en los casos en que su titular no pueda promover por sí mismo su defensa[3]

Para que esta figura pueda operar se requiere verificar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”[4] (negrilla fuera del texto).

Ahora bien, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de niños y niñas mediante la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que no es necesario que el agente oficioso manifieste la imposibilidad en la que estos se encuentran para promover la defensa de sus propios derechos, toda vez que ello es una obviedad en el caso de esta población[5]. Por consiguiente, la Corte ha insistido en que:

“cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competentes el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, v.gr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”[6].

Sumado a lo anterior, esta Corporación ha indicado que “el ejercicio de la agencia oficiosa por parte de personas distintas a quien ejerce la patria potestad del menor, por ende, impone un deber mínimo de justificación por el agente oficioso. Así, deberá demostrarse, incluso de manera sumaria, que: (i) no concurre persona que ejerza la patria potestad o la misma está formal o materialmente inhabilitada para formular las acciones judiciales o administrativas necesarias; o (ii) que si bien concurren los padres o guardadores, existe evidencia que los mismos se han negado a formular las acciones y dicha omisión afecta gravemente los derechos del niño o niña concernida”[7].

En el presente caso, la Sala advierte que los jueces de instancia declararon improcedente la acción de tutela porque, a su parecer, no se cumplía con el requisito de legitimación por activa, en tanto que es el tío de la demandante quien funge como su agente oficioso, sin que medie poder alguno. A diferencia de esta posición, la Sala encuentra razones suficientes para determinar que este requisito se cumple en el presente caso. Esta conclusión se sustenta, principalmente, por las condiciones materiales en las que se encontraba la demandante, las cuales limitaron su posibilidad de realizar los trámites legales para otorgar el poder a su agente oficioso desde otro país. Recuérdese que la accionante se encontraba en Estados Unidos, de vacaciones y de manera inesperada dio a

luz a una bebé con tan solo 26 semanas de gestación; por ello, se vio obligada a acompañar de manera permanente a su hija dadas las condiciones delicadas de salud en las que ésta se encontraba. En este sentido, resulta a todas luces desproporcionado exigirle el cumplimiento de una formalidad como esta en tan delicadas condiciones.

Por lo expuesto, la Sala encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa para el caso sub examine.

## 2.2. Legitimación pasiva

Siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales[8]. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. Por ende, el amparo procede en contra de autoridades públicas y por excepción, en contra de particulares[9].

La procedencia de la acción de tutela en contra de particulares fue dispuesta en el inciso final del artículo 86 de la Constitución, de acuerdo con el cual “(l)a ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”[10]. La norma a la que hace referencia la cita en comentario es el Decreto 2591 de 1991 el cual, en su artículo 42 establece nueve eventos en los cuales procede la acción de tutela contra particulares[11], entre los que se encuentra “(c)uando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.

En lo que respecta a COMFENALCO VALLE EPS, esta es una entidad privada que presta el servicio público de salud; por lo tanto, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio.

### 2.3. Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales[12].

En el caso concreto, se observa que el 28 de junio de 2017 la entidad accionada emitió respuesta a la solicitud del reconocimiento de la licencia de maternidad de la solicitante, en la cual condiciona dicho reconocimiento a la entrega del certificado de licencia de maternidad legalizado y traducido por el cónsul, cuya firma debía estar avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Tras darse cuenta la accionante de la imposibilidad para satisfacer dichas exigencias, el 14 de septiembre de 2017 presentó la acción de tutela. Es decir, transcurrieron menos de tres meses entre uno y otro evento, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados, máxime en las circunstancias de cuidados especiales de salud de la accionante y de su hija.

### 2.4. Subsidiariedad

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho fundamental[13].

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que la acción de tutela procede de manera excepcional para ordenar el pago de la licencia de maternidad, debido a que no se trata de un derecho de carácter exclusivamente legal. Por el contrario, debe ser considerado como un derecho de carácter iusfundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, en aquellos casos en que se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y su hijo o hija. En consecuencia, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos de la mujer que ha dado a luz y del recién nacido, cuando el derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención[14].

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional señala que no existe, en principio, un medio de defensa judicial ordinario al que puedan acudir las madres para el reconocimiento de sus derechos que pueda considerarse idóneo para tal efecto. En estos casos, remitir a estas personas a la acción ordinaria ante el juez laboral, la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, torna ineficaz la protección que se solicita[15], máxime, cuando ante la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su hijo o hija. En ese sentido, para la protección de las prerrogativas básicas que se encuentran en riesgo y ante la urgencia de una respuesta judicial sin más dilaciones, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la premura con la que se requiere el amparo de los derechos[16].

De modo que, esta Corte ha señalado que la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a partir de la comprobación de las siguientes circunstancias: (i) se interponga dentro del año siguiente al nacimiento[17]; y (ii) la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación. [18]

En cuanto al caso que nos ocupa, se tiene que la menor de edad, según el certificado de nacimiento que obra en el expediente[19], nació el 27 de abril de 2017 y la acción de tutela fue presentada el 14 de septiembre de 2017, por lo que transcurrieron menos de cinco meses entre el nacimiento y la interposición de la tutela.

Ahora bien, en relación con la presunción de afectación al mínimo vital de la madre y su hijo ante la ausencia del pago de dicha prestación, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y está ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida[20]. Así mismo, la Corte ha señalado que, si la EPS rechaza la solicitud de licencia de maternidad, esta entidad tiene la carga de la prueba y por tanto le corresponde controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, y en caso de no lograr controvertirlo se presume la vulneración[21].

Al respecto, la accionante manifestó en su escrito de tutela que se encontraba en riesgo su

mínimo vital en tanto que tuvo que asumir los costos generados por el nacimiento prematuro de su hija que la forzaron a quedarse en los Estados Unidos más tiempo del que había planeado. Lo que, a su vez, implicó no poder asistir a su trabajo y devengar el sueldo para su manutención y el de su hija. En ese sentido, exigirle a la accionante iniciar un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral o ante la Superintendencia Nacional de Salud, implicaría el desconocimiento de la protección reforzada y de la garantía del derecho fundamental al mínimo vital, que merecen ella y la menor.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el asunto que ocupa a la Sala adquiere una relevancia iusfundamental, que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración de los derechos fundamentales de Sandra Lorena Monsalve Brand, la Sala Quinta de Revisión considera que se acredita el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, pasará a examinar a fondo el asunto.

### 3. Problema jurídico y esquema de solución

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si COMFENALCO VALLE EPS vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y al debido proceso de Sandra Monsalve Brand, al negarse a efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento de que la accionante no anexó a su solicitud el certificado de licencia de maternidad legalizado, traducido al español y suscrito por el cónsul, cuya firma debía estar avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

No obstante, de acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente la Sala estima pertinente evaluar previamente la existencia de un hecho superado en el caso concreto. Para ello, se efectuará un análisis jurisprudencial relativo al fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado y en ese marco, analizará el caso concreto.

### 4. Carencia actual de objeto en el caso bajo estudio

4.1. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales que son objeto de una amenaza o afectación actual. La Corte, en reiterada jurisprudencia[22] ha señalado que, ante la alteración o el desaparecimiento de las circunstancias que dieron origen a la acción, la misma pierde su eficacia y sustento, así como su razón de ser como mecanismo extraordinario y expedito de protección judicial.

En efecto, al desaparecer, entre otras circunstancias, el objeto jurídico sobre el que recaería la eventual decisión del juez constitucional, cualquier determinación que se pudiera tomar para salvaguardar las garantías que se estimaban en peligro, se tornaría inocua y contradiría el objetivo que fue especialmente previsto para esta acción. Frente al particular, esta corporación ha sostenido:

“(…) la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando, en el momento de proferirla, encuentra que la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que el supuesto afectado intentara la acción, se han modificado sustancialmente, de tal manera que ha desaparecido toda posibilidad de amenaza o de daño a los derechos fundamentales. Siendo la defensa de éstos la justificación y el propósito de esta forma expedita de administrar justicia constitucional en el caso concreto, ningún sentido tiene que el fallador imparta órdenes de inmediato cumplimiento en relación con unas circunstancias que pudieron configurarse en el pasado pero que, al momento de cumplirse la sentencia, no existen o, cuando menos, presentan características totalmente diferentes a las iniciales”.[23]

Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de la “carencia actual de objeto” y, así, denotar la imposibilidad material en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos que le han sido encomendados, ante la eventual sustracción de materia.

Sobre el particular, se tiene que el fenómeno previamente descrito puede materializarse a través de las siguientes figuras:

(i) daño consumado. Consiste en que, a partir de la vulneración ius-fundamental que venía ejecutándose, se ha consumado el daño o afectación que con la acción de tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez constitucional dé una orden al respecto[24].

Así las cosas, el daño consumado supone que no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y, por ello, tan solo es procedente el resarcimiento del daño originado por la violación del derecho. En este escenario, esto es, la reparación del

daño, ha dicho la Corte que la tutela resulta -por regla general- improcedente cuando al momento de su interposición el daño ya está consumado[25] pues, como es conocido, esta acción tiene una finalidad preventiva y no indemnizatoria.

(ii) hecho superado. Comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se superó la vulneración a los derechos fundamentales del actor[26], esto es, tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto, cesó la afectación y resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer (artículo 26 del decreto 2591 de 1991[27]).

(iii) acaecimiento de una situación sobreviniente[28]. Se presenta en aquellos casos en que como producto del acaecimiento de una situación sobreviniente que no necesariamente tiene origen en el obrar de la entidad accionada la protección invocada ya no tiene lugar, sea porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de la nueva situación, carece de objeto conceder el amparo solicitado.

No obstante lo anterior, es pertinente agregar que esta Corporación ha indicado que (i) si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la presentación de la acción de tutela, en los casos en que la consumación del daño ocurre durante el trámite de la acción (en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional), o cuando -bajo ciertas circunstancias- se impone la necesidad del pronunciamiento por la proyección que pueda tener el asunto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991[29]), o por la necesidad de disponer correctivos frente a personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional; y (ii) no es perentorio en los casos de hecho superado o acaecimiento de una situación sobreviniente, salvo cuando sea evidente que la providencia objeto de revisión debió haber sido decidida de una forma diferente (pese a no tomar una decisión en concreto, ni impartir orden alguna), “para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de

1991[30].

4.2. En el caso bajo estudio, la solicitud de protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y debido proceso de Sandra Monsalve Brand, se originó a partir de la negativa de la entidad accionada de reconocer y efectuar el pago de la licencia de maternidad a favor de la accionante. Sin embargo, durante la etapa de revisión, la demandante allegó al proceso, vía correo electrónico, comunicado de COMFENALCO VALLE EPS donde informa que el pago de la licencia de maternidad a su favor se efectuó el día 28 de octubre de 2017, por un valor de cinco millones novecientos setenta y seis mil cuatrocientos noventa y un pesos (\$ 5.976.491)[31].

En consecuencia, la Sala advierte que en el presente caso se está ante un hecho superado, habiendo cesado la afectación a los derechos incoados, por lo que la fórmula que adoptará la Sala en la parte resolutive de esta sentencia será la de declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

5. Se advierte, además, que el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) fueron vinculados al proceso por el juez de primera instancia. No obstante, la Sala considera que en su obrar no tuvieron injerencia en la actuación de COMFENALCO VALLE EPS que originó la vulneración a los derechos fundamentales de la demandante.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de sentencia proferido el 08 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali, que a su vez confirmó el proferido el 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali; para en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 2. Folio 53.

[2] Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. ARTÍCULO 10. Legitimidad e interés. “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. [...]”. En lo referente a la figura de la Agencia oficiosa en materia de la acción de tutela ver las sentencias: T-531 de 2002 y T-452 de 2001.

[3] Cfr. Sentencia T-531 de 2002. Reiterado por la Sentencia T-365 de 2017.

[4] Cfr. Sentencias T-312 de 2009, T-531 de 2002, T-395 de 2014 y T-303 de 2016, entre otras.

[5] Al respecto ver, Sentencia T-306 de 2011.

[6] Cfr. T-365 de 2017. Ver entre otras, las Sentencia T-462 de 1993 y T-439 de 2007.

[7] Cfr. T-736 de 2017.

[8] Decreto 2591 de 1991. ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

[10] La ley a la que hace referencia el enunciado es el Decreto 2591 de 1991. En su artículo 42 enumera nueve modalidades de la acción de tutela contra particulares.

[11] Decreto 2591 de 1991. “ARTICULO 42. PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución[11].

2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía [11].

3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios[11].

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.

6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela". La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-134 de 1994, declaró EXEQUIBLE el numeral noveno del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, salvo la expresión tachada.

[12] Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999.

[13] Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2017.

[14] Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar (correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

[15] T-139 de 1999.

[16] Sentencia T-728 de 2014.

[17] Ídem.

[18] Sentencia T-475 de 2009.

[19] Cuaderno 2 Folios 9 a 10.

[20] Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: “el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social.

(...)

La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica”.

[21] Cfr. Sentencia T-503 de 2016.

[22] Cfr. Sentencias S. T-033 de 1994, T-143 de 1994, T-111 de 1995, T-437 de 1995, T-555 de 1995, T-001 de 1996, T-091 de 1996, T-402 de 1996, T-579 de 1997, T-623 de 1997, T-244 de 1999, T-258 de 1999, T-314 de 1999, T-340 de 1999, T-802 de 1999, T-073 de 2000, T-247 de 2000, T-322 de 2000, A. 286 de 2001, T-078 de 2001, T-085 de 2001, T-029 de 2002, T-139 de 2002, T-541 de 2002, T-545 de 2002, T-013 de 2003, T-050 de 2003, T-1020 de 2004, T-095 de 2005, A. 171 de 2005, T-148 de 2006, T-149 de 2006, T-482 de 2006, T-333 de 2007, T-357 de 2007, T-377 de 2007, T-571 de 2008, T-612 de 2008, T-634 de 2009, T-425 de 2012, T-612 de 2012, T-266 de 2015, T-349 de 2015, T-457 de 2017, T-526 de 2017, entre muchas otras.

[23] Sentencia T-001 de 1996, reiterada en la jurisprudencia constitucional. Ver, entre otras,

las sentencias T-411 de 1999, T-988 de 2002, T-066 de 2007 y T-192 de 2008.

[24] Sentencia SU-225 de 2013.

[25] El Decreto 2591 de 1991, en el artículo 6, indica que: “La acción de tutela no procederá: // (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.”

[26] Ver sentencias T-021 de 2017, T-669 de 2016, T-624 de 2016, T-597 de 2015 y T-970 de 2014, entre otras.

[27] El artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “[s]i, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

[28] Se ha empezado a diferenciar por la jurisprudencia una tercera modalidad de eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela carece por completo de objeto actual como consecuencia del acaecimiento de un hecho posterior a la demanda. Al respecto ver las sentencias T-988 de 2007, T-585 de 2010, T-200 de 2013, T-481 de 2016 y T-158 de 2017.

[29] El Decreto 2591 de 1991, en el artículo 25, regula la hipótesis excepcional de procedencia de la indemnización de perjuicios en el trámite de la acción de la tutela.

[30] El artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: ARTÍCULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[31] Cuaderno 1. Folio 16.