



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC4586-2017

Radicación n.º 73001-22-13-000-2016-00649-02

(Aprobado en sesión de veintinueve de marzo de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferido el catorce de febrero de dos mil diecisiete por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la acción de tutela promovida por Ivonne Cristina Núñez Rivera contra Salud Total E.P.S. y Ministerio de Salud y Protección Social; trámite al que se ordenó la vinculación de la Superintendencia de Salud y al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La ciudadana solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital del recién nacido y como madre gestante que considera vulnerados por las entidades accionadas por un lado, respecto de la E.P.S., por negarle el

reconocimiento económico de la licencia de maternidad y, de otro lado, respecto del ente ministerial y la Superintendencia de Salud, por guardar silencio frente a la petición que hacía referencia a la prestación económica que allí también radicó.

Pretende, en consecuencia, se le reconozca el pago de la licencia de maternidad que considera, tiene derecho.

B. Los hechos

1. Contó la tutelante Ivonne Cristina Núñez Rivera que su hijo nació el 1° de junio de 2016, por lo que en el momento, es madre gestante del menor y cuenta con los servicios de salud prestados por Salud Total E. P.S.

2. Relató que el 30 de junio de 2016 se dirigió a la entidad prestadora del servicio de salud, con el fin de solicitar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho, pero que el funcionario de turno le informó que no era acreedora de dicha prestación.

3. El 8 de julio siguiente, radicó ante la mentada E. P. S. petición en la que solicitó se le comunicara de manera justificada las razones por las cuales se le había denegado el pago de la licencia de maternidad, bajo el argumento que es cotizante al sistema de salud y que la entidad empresarial empleadora ha hecho los pagos oportunamente. [Folios 7 - 9, c. 1]

4. Remitió copia de la petición a la Superintendencia Nacional de Salud, de la que se certificó sobre su recepción a la entidad destinataria, el día 13 de julio de 2016. [Folio 15, c. 1]

5. El 19 de julio del año que corre, Salud Total E. P. S. en respuesta a la petición formulada, le informó a la peticionaria que la *«licencia de maternidad se negó basada en que los pagos de las cotizaciones fueron aportados de manera extemporánea y debió haberse realizado el pago oportuno de las cotizaciones a más tardar el día del nacimiento del menor»*. [Folios 10 - 13, c. 1]

6. La promotora del amparo, acudió a este mecanismo constitucional por considerar que se quebrantó el derecho fundamental del mínimo vital de ella y de su hijo recién nacido al negársele el pago de la licencia de maternidad cuando su cotización la ha hecho de manera ininterrumpida, sin que pueda justificarse la negativa de la E.P.S. consistente en que *«por la demora únicamente en el último pago el cual se hizo tan solo un día después a la fecha del corte, por esa razón no tendría derecho a la liquidación de la licencia de maternidad»*. [Folio 2, c.1]

C. El trámite de la primera instancia

1. El 2 de noviembre de 2016 se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado de las accionadas Salud Total E.P.S. y Ministerio de Salud y de la Protección Social, para que ejercieran su derecho a la defensa. [Folio 26, c.1]

2. En proveído de 15 de noviembre siguiente, se vinculó a la empleadora de la accionante –empresa Soluciones Empresariales y a su representante legal María Omaira Rendón-. [Folio 44, c.1]

3. En sentencia de 16 de noviembre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, concedió el amparo, tras considerar que *«los medios de defensa judicial dispuestos en la jurisdicción ordinaria laboral pierden su eficacia frente a la solicitud urgente de amparo elevada por la tutelante Ivonne Cristina Núñez Rivera»*, cuando estos sujetos gozan de especial protección constitucional. [Folios 46 - 53, c. 1]

4. Impugnada aquella determinación, el 25 de enero de 2017, esta Sala de Decisión declaró la nulidad del fallo proferido por el fallador constitucional de primer grado, debido a que no se vinculó al trámite a la Superintendencia de Salud, entidad que había recepcionado la reclamación económica pretendida por la accionante, el 13 de julio de 2016. Por consiguiente, se ordenó la devolución del expediente para que se renovara la actuación, y se procediera a corregir dicha irregularidad.

5. El 1° de febrero del año en curso, el Tribunal obedeció lo dispuesto por esta Corporación y ordenó la vinculación de la autoridad reseñada y al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.

6. El Ministerio de Salud y Protección Social –Fosyga solicitó ser exonerada de toda responsabilidad dentro de la

acción de tutela, toda vez que no está en su competencia reconocer la licencia de maternidad reclamada y en su lugar, pidió ordenar a la EPS reconocer y pagar dicha prestación.

Salud Total EPS-S S.A., sucursal Ibagué, por intermedio de la Gerente y Administradora Principal contó que la accionante *«presenta licencia de maternidad con Nail*P6605091 del 1 de junio al 6 de septiembre, se aclara que no está generado reconocimiento económico teniendo en cuenta que es directamente el FOSYGA quien reconoce el pago de las Licencias a las EPS, esta no es posible liquidarse con valor, ya que la protegida y/o empleador debe haber realizado el pago oportuno de las cotizaciones a más tardar el día del nacimiento del menor (...). En este caso la licencia inicia el 06/01 el aporte de junio se canceló 06/14/2016»*. En ese sentido, pretendió denegar por improcedente la solicitud de amparo, en virtud a que la conducta por ella asumida, es legítima al encontrarse respaldada por la normatividad vigente que rige la materia; en caso de no acceder a ello, pidió reconocerle el recobro ante el FOSYGA.

La Superintendencia Nacional de Salud alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que la vulneración de derechos fundamentales que se discuten como conculcados no deviene de la acción u omisión atribuible a esa entidad; en todo caso, advirtió que *«el cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), de la subcuenta de compensación»*.

7. El 14 de febrero de 2017, el Tribunal Superior de Ibagué volvió a emitir sentencia de primer grado, reiterando lo expuesto en el fallo anulado por esta Sala de Decisión.

8. Inconforme con el fallo anterior, Salud Total EPS- S S.A., la impugnó a fin de que se adicione en el sentido de ordenar al FOSYGA reembolsar el pago de los gastos que realice la EPS en cumplimiento de la orden de tutela.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuando el artículo 86 de la Carta Política creó la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario al alcance del ciudadano, para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales en caso de que éstos fueran vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, lo hizo bajo la insoslayable premisa de que no dispusiera el afectado de «*otro medio de defensa judicial*», salvo que la acción se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese orden, debe recordarse que el amparo constitucional se caracteriza por la prevalencia del principio de la subsidiariedad, ya que sólo procede ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la salvaguarda oportuna del derecho objeto de violación o amenaza, y por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración, pues su finalidad no consiste en remplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los derechos de los ciudadanos.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien la accionante tiene a su alcance otros medios de defensa, no puede pasarse por alto que se está en presencia de un sujeto que goza de especial protección por mandato del artículo 43 de la Carta Política que prevé *«La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...); así mismo, el artículo 44 ibídem, eleva los derechos de los niños a la categoría de fundamentales.*

En esa misma línea de principio, siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional *«la acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela, en la medida en que a la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño»¹.*

Ahora, si bien se advierte que la actora ante la negativa por parte de su EPS de reconocerle el pago de la licencia de maternidad, radicó su queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, tal y como se observa a folio 15 del cuaderno principal², lo cierto es que aunque no se avizore

¹ Sentencia T 503/2016 de 16 de septiembre de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Entidad que conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 (que adicionó los literales e, f, y g, al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007) tiene como función jurisdiccional la de *«conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador».*

trámite alguno por parte de la encartada, esta situación no soslaya la intervención del juez constitucional, por las razones que se anotaron en precedencia.

3. Dilucidado lo anterior, se pasa a analizar la impugnación elevada por parte de Salud Total EPS, quien alega, en primer lugar, la improcedencia de suministrar prestaciones económicas a través de la acción de tutela.

Al respecto, en concordancia con lo dicho en líneas atrás, la Corte Constitucional ha aceptado que excepcionalmente procede el amparo cuando se encuentra comprometido el derecho fundamental al mínimo vital de la madre gestante y de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingreso que asegure su subsistencia mientras se encarga del cuidado de su hijo, correspondiéndole a la EPS, desvirtuar esta presunción –lo que no ocurrió–.

En punto a la discusión planteada, esto es, si le asiste el deber a la EPS accionada de reconocer y pagar la aludida prestación económica, comporta revisar las probanzas allegadas al expediente, que sin mayor dubitación, se tiene que el motivo por el cual se Salud Total EPS se sustrajo de pagar el auxilio, no fue otro que la cotización extemporánea que ventiló tras verificar que la tutelante dio a luz a su hijo el 1° de junio de 2016, pero el aporte de ese mes, sólo se realizó hasta el día 14 de esa misma mensualidad (folio 34, c. 1).

La razón expuesta, resultaría aceptable si en

consideración se tiene que uno de los requisitos para que la EPS esté obligada a pagarle a la afiliada la licencia de maternidad, es precisamente que el empleador –o ella misma de ser independiente-, haya pagado oportunamente las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud; sin embargo la Corte Constitucional ha establecido *«que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, y la EPS demandada no hubiese requerido al obligado(a) para que lo hiciera, ni se opuso al pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad»*³.

Así las cosas, como no se demostró este último actuar por parte de la EPS encausada, tendiente a reclamar por la tardanza en los aportes, resulta procedente, con fundamento en la figura del allanamiento a la mora, entrar a confirmar la concesión del resguardo deprecado.

4. De otro lado, sobre la solicitud subsidiaria de recobro al FOSYGA, a fin de que se le reembolsen los dineros que se le cancelen a la accionante en cumplimiento del fallo, resta decir que no habrá lugar a realizar adición alguna a la orden de amparo, toda vez que la entidad promotora de salud cuenta con los mecanismos legales y administrativos para ese propósito.

5. Razones que por contera, se estiman suficientes para concluir que la reclamación está llamada al fracaso, por lo

³ Sentencia T 368/2015 de 18 de junio de 2015.

que se confirmará el fallo proferido por el Tribunal que conoció en primera instancia.

6. No obstante lo anterior, se exhortará a la Superintendencia Nacional de Salud para que en lo sucesivo, imprima el trámite pertinente a las peticiones que como la que aquí se estudió, se pongan en su conocimiento por estar facultada para dirimir controversias por el reconocimiento de prestaciones económicas como la presente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

No obstante lo anterior, se exhorta a la Superintendencia Nacional de Salud para que en lo sucesivo, imprima el trámite pertinente a las peticiones que como la que aquí se estudió, se pongan en su conocimiento por estar facultada para dirimir controversias por el reconocimiento de prestaciones económicas como la presente.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Radicación n° 73001-22-13-000-2016-00649-02