



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrada Ponente
RUTH MARINA DIAZ RUEDA**

Bogotá D., C., tres (3) de febrero de dos mil once
(2011).

Ref. Exp. N° 11001-22-10-000-2010-00435-01

Decide la Corte la impugnación interpuesta frente al fallo de 25 de noviembre de 2010, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que negó la tutela instaurada por **Elizabeth Salcedo Buitrago** contra el **Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y EPS Salud Total**, trámite al cual fue vinculado José Alcides Sanabria Sedano.

ANTECEDENTES

1. La actora quien acudió a la acción constitucional con el propósito de que se le protejan los derechos a la vida digna y salud, deprecó *“se conmine al Ministerio de la Protección Social, la Supersalud y la EPS Salud Total para que en el término de 48 horas me reconozcan el pago de los 84 días por licencia de maternidad a que tengo derecho por ley”* (fl. 10), así como los intereses por no pago oportuno de la prestación.

En los hechos que dan sustento a la vulneración, indicó que desde hace 4 años se encuentra afiliada a la EPS accionada, y en septiembre de 2009 quedó en estado de gravidez.

Añadió que labora en el Colegio Liceo Nuestra Señora de las Nieves, institución particular, con la que celebra contrato de trabajo por 10 meses, el último de los cuales venció en noviembre de la señalada anualidad, razón por la cual cotizó como independiente los meses de diciembre y enero de 2010, con el fin de no interrumpir los aportes al sistema de seguridad social y tener derecho a la licencia de maternidad.

Que el 1º de febrero del mismo año la empleadora “*me afilia nuevamente a salud y pensión*” (fl. 9), su hija nació el 18 de junio siguiente, en consecuencia solicitó a la Empresa Promotora de Salud referida el pago de la correspondiente prestación, pero se negó, bajo el argumento de que las cotizaciones se habían suspendido durante febrero de 2010, lapso que abarca el periodo de gestación.

Indicó que la ley establece que en caso de que el afiliado incurra en mora, la entidad debe requerirlo, sin que la EPS Salud Total hubiera cumplido con dicha obligación, procediendo de mala fe con el fin de no acceder al reconocimiento de la “*prestación*”.

2. El Asesor del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social precisó que “*para el caso en que medie una relación laboral, una vez adquirido el derecho de licencia de maternidad (1. Haber existido un vínculo laboral durante el tiempo que*

comprende la gestación y el parto; y 2. Existir retención del porcentaje correspondiente a la cotización del trabajador, sin importar que el empleador incurra en mora), corresponde a la E.P.S. o al empleador, según el caso, asumir la obligación de tal reconocimiento, independiente de los efectos colaterales que puedan ocasionarse por el no pago de la cotización” (fl. 21).

La Superintendencia Nacional de Salud, manifestó que para acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad la afiliada debe haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo el periodo de gestación, y en el evento de que se suspenda el pago, dicha obligación radica en el patrono. Agregó que *“el empleador por la naturaleza de los trabajadores a su cargo (profesores) debe garantizar la atención en salud durante todo el periodo escolar, es decir por el año calendario comprendido entre el 1º de enero a 31 de diciembre”* (fl. 28).

Precisó que *“es importante resaltar que en todos los casos en los que el empleador es el obligado a financiar la licencia por incumplir con sus obligaciones frente a la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluso si la EPS no se allanó oportunamente a la mora y se obliga a pagar la licencia, puede repetir contra el empleador por su costo, de acuerdo con las normas legales que definen la responsabilidad en la financiación de la licencia sin necesidad de que medie una decisión de tutela en ese sentido”* (fl. 31).

Salud Total EPS expresó que no reconoció la prestación a la promotora de la queja, en razón a que en febrero de 2010, lapso de embarazo, interrumpió el pago de las cotizaciones.

En escrito que obra a folios 72 y 73 José Alcides Sanabria vinculado como representante legal de la institución

educativa para la cual labora la actora informó que “a la empleada se le han hecho los aportes de manera interrumpida desde el momento de su afiliación como lo establece la ley, situación que desconoce la EPS Salud Total, quien basándose en argumentos acomodados evade el reconocimiento de la licencia de maternidad”. Agregó que la EPS “en uno de sus comunicados manifiesta que no hay mora en los aportes, entonces no se explica cual es la razón por la cual no se ha liquidado la incapacidad”.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Negó la tutela por estimar que “En torno a los derechos derivados de la Seguridad Social, concretamente el derecho a la licencia de maternidad remunerada, existen disposiciones legales y reglamentarias que establecen algunos requisitos para su goce, entre los que está el de que la afiliada haya cotizado ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación a la EPS a la que se encuentra vinculada (num. 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000), el cual en el presente caso, no se cumplió, pues la interesada no pagó, oportunamente, la cuota correspondiente al mes de febrero del cursante año, según puede verse en la relación allegada y que aparece al folio 33 del expediente” (fl. 76).

LA IMPUGNACIÓN

La actora atacó la citada determinación, reiterando los argumentos de la petición inicial (fl. 85).

CONSIDERACIONES

1. En innumerables pronunciamientos ha sostenido la Corte, que esta acción debido a su carácter excepcional y subsidiario, no resulta apta para debatir reclamaciones de linaje laboral, salvo en las eventualidades en que se configuren

circunstancias de verdadera excepción, esto es, de afectación y peligro para los atributos básicos, porque en condiciones normales tales prestaciones deben ser ventiladas a través de los instrumentos ordinarios de resguardo judicial.

2. No obstante lo anterior, en este asunto se abre paso el amparo pedido por la actora, en razón a que conforme lo tiene establecido la jurisprudencia *“la falta de pago de la licencia de maternidad hace presumir la vulneración del mínimo vital”*.

De otra parte, las pruebas que obran en el informativo dejan ver a la Corte que la accionante cotizó en forma ininterrumpida a la EPS Salud Total, durante los periodos de agosto a diciembre de 2009, como empleada de José Alcides Sanabria Sedano, en el último mes señalado aportó nuevamente como independiente, así como en enero de 2010, y los meses de marzo a agosto de la citada anualidad en su condición de trabajadora (fl. 4).

La Empresa Promotora de Salud accionada en la respuesta del folio 33 enviada al Tribunal de instancia, informó que la peticionaria había cotizado los siguientes periodos:

Por cuenta del empleador José Alcides Sanabria Sedano octubre a diciembre de 2009; enero de 2010 como independiente; en febrero del mismo año no cotizó y de marzo a junio siguientes por cuenta del patrono referido, luego no se relaciona el pago que como independiente realizó la promotora del amparo en diciembre de 2009.

Así las cosas, debe concluirse que la peticionaria tiene derecho a que la EPS accionada le cancele la licencia de maternidad, sin perjuicio que en caso de estimar que el empleador incumplió con la totalidad de los periodos de cotización, pueda obtener el reembolso de lo pagado, tal como se infiere de lo prevenido en el artículo 3° del Decreto 047 de 2000, que establece:

“Artículo 3° Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

(...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un periodo inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Lo discurrido conduce a la revocatoria del fallo impugnado, tal como se dispondrá en seguida.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de 25 de noviembre de 2010 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro de la presente acción de tutela.

En consecuencia, se **CONCEDE** el resguardo constitucional impetrado por **Elizabeth Salcedo Buitrago**. Por tanto, se ordena a la **EPS Salud Total** que en el lapso improrrogable de 48 horas contadas a partir del momento en que tenga conocimiento de esta decisión proceda a la cancelación de la licencia de maternidad a la accionante.

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

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Exp. 2010-00435-01

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Exp. 2010-00435-01

8