



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 2

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta N° 237

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación presentada por la Coordinadora de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social en contra del fallo de tutela proferido el 11 de junio de 2010 por el Tribunal Superior de Ibagué, que tuteló el derecho fundamental al mínimo vital, a favor de la accionante **AURA CAROLINA MURILLO CORTÉS** y de su hijo recién nacido, vulnerado por la EPS SANITAS.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La señora **AURA CAROLINA MURILLO CORTÉS**

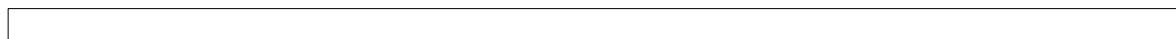


afirma que se encuentra afiliada a la EPS SANITAS desde el 1° de marzo de 2008 por lo que cuenta con 112 semanas de cotización. De agosto de 2009 a enero de 2010 y durante los meses de abril y mayo de 2010 cotizó como *dependiente* por estar vinculada con la Rama Judicial y como *independiente* enero y febrero del mismo año.

Agrega que el 1° de marzo de 2010 se posesionó como Oficial Mayor Nominada en el Juzgado 5° Administrativo del Circuito de Ibagué; sin embargo, no registra aporte en salud durante ese mes porque el pago es anticipado y corresponde a abril.

El 8 de mayo de este año dio a luz a su segundo hijo pero la EPS SANITAS negó el reconocimiento económico de su licencia de maternidad aduciendo que no cumple con el periodo mínimo de cotización según con lo previsto en el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 047 de 19 de enero de 2000, pues de las 38 semanas de gestación dejó de cotizar 3.1. Adicionalmente, le indicó que no era posible aplicar el Acuerdo 414 de 2009 porque el pago parcial o total de la licencia de maternidad opera cuando el solicitante tenga un ingreso base de cotización inferior a un salario mínimo legal mensual.

Estima que la forma de vinculación y cotización con la



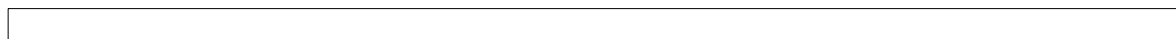


EPS afecta el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, pues no es posible que durante el primer mes de afiliación quede desprovista del servicio médico porque la cotización es anticipada, situación de la que no fue informada oportunamente para efectuar el pago como independiente.

A pesar de que no es obligatorio demostrar la vulneración de su mínimo vital, el nacimiento de su segundo hijo le generó incremento de los gastos económicos que debe cubrir con el pago de su licencia de maternidad porque no cuenta con otra fuente de ingreso.

Por lo anterior, solicita amparar los derechos fundamentales a la salud, vida, mínimo vital y de los niños. En consecuencia, ordenar a la EPS SANITAS y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué que previo agotamiento del trámite administrativo permitan el pago del aporte en salud del mes de marzo de 2010 como cotizante dependiente o independiente.

Acoger el precedente de la Corte Constitucional, en cuanto a que si el periodo dejado de cotizar no supera los dos meses, la entidad promotora de salud debe asumir el pago de la licencia de maternidad.





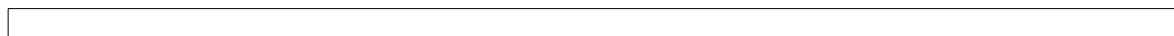
TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

1. Con auto de 27 de mayo de 2010 el Tribunal Superior de Ibagué asumió el conocimiento de la demanda y ordenó vincular a las autoridades demandadas.

2. El Director Seccional de Administración Judicial de Ibagué señaló que la accionante cotizó en servicio de salud desde el 1° de marzo de 2008 hasta el 18 de diciembre de 2009, entendiéndose que el servicio quedó cubierto hasta enero de 2010 porque el pago es anticipado. El 1° de marzo de este año nuevamente se afilió a esa empresa prestadora del servicio de salud, pero el pago efectuado en ese mes corresponde a abril.

Indicó que el pago de las licencias de maternidad está a cargo de las EPS con cargo al FOSYGA y para tener derecho a las prestaciones económicas que de ella se derivan se requiere haber cotizado al sistema de seguridad social como mínimo un periodo igual al de la gestación y estar al día en los aportes al momento del parto.

Precisó que esa Dirección de Administración Judicial carece de legitimidad por pasiva, por cuanto el reconocimiento de las licencias de maternidad está a cargo de la Empresa Promotora de Salud, limitándose a incluir las



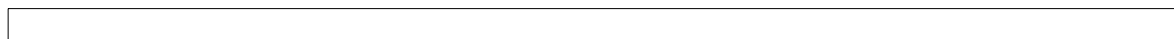


novedades que reporten los diferentes despachos judiciales.

3. La EPS SANITAS señaló que oportunamente comunicó a la accionante que su licencia de maternidad no tenía derecho a reconocimiento económico por no contar con el periodo mínimo de cotización, pues al momento del parto solamente registraba 3.1 semanas ininterrumpidas desde su actual afiliación como dependiente. Ello, porque la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué efectuó reporte de cotización en salud hasta el 18 de enero de 2010 y, con su nueva afiliación de 16 de marzo de este año, efectuó un primer aporte de cotización por quince días para el mes de abril

Agregó que el Ministerio de la Protección Social y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-1223 de 2008, emitieron el Acuerdo 414 de 2009 y en su artículo 4° limitó la protección constitucional de la licencia de maternidad a las mujeres cotizantes independientes con ingreso inferior o igual a un salario mínimo legal mensual vigente, norma que no es de aplicación al caso de la demandante porque actualmente devenga un salario de \$1.817.000.

Al estimar que la accionante cuenta con otros medios



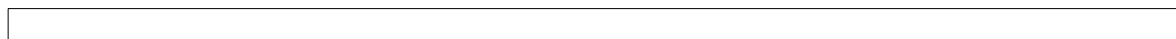


de defensa para exigir el reconocimiento y protección de sus derechos, solicita declarar improcedente la solicitud de amparo. En caso contrario, facultarla a repetir contra el FOSYGA.

3. El Tribunal Superior de Ibagué concedió el amparo del derecho al mínimo vital en favor de la accionante y su hijo recién nacido. En consecuencia, ordenó a la EPS SANITAS *“por conducto de su representante legal, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y pagar la licencia de maternidad a la que tiene derecho la accionante AURA CAROLINA MURILLO CORTÉS”*.

En la misma determinación facultó a la Empresa Promotora de Salud a repetir contra el FOSYGA para el reembolso del dinero correspondiente al reconocimiento de la licencia de maternidad.

La decisión la sustentó señalando que la actora viene cotizando para el servicio de salud desde el 1° de marzo de 2008, así: como *dependiente* de agosto de 2009 a enero de 2010 y durante los meses de abril y mayo de este año, y como *independiente* enero y febrero de 2010; por consiguiente, la interrupción real por no pago como independiente fueron las cuatro semanas de marzo de





2010.

También señaló que a pesar de que el salario devengado por la actora es superior al salario mínimo legal mensual vigente, el mismo es imprescindible para garantizar su subsistencia y la de sus dos menores.

4. La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social pretende que se declare la nulidad de lo actuado porque en el fallo de tutela de primera instancia se emitió una condena contra ese Ministerio con cargo al FOSYGA, sin que se le hubiese permitido intervenir durante el trámite de la acción constitucional, actuación que cataloga como vulneradora del debido proceso.

Subsidiariamente impugna el fallo. Luego de citar la normatividad relacionada con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, sostiene que al mediar una relación laboral que comprenda el tiempo de gestación y el parto y existir retención de porcentaje correspondiente a la cotización del trabajador sin importar que el empleador incurra en mora, corresponde a la EPS o al empleador según el caso, asumir la obligación de dicha licencia, independientemente de los efectos colaterales que puedan presentarse por el no pago de la cotización. Por ello, pide





revocar el fallo respecto de la facultad otorgada a la ESP SANITAS a repetir contra FOSYGA.

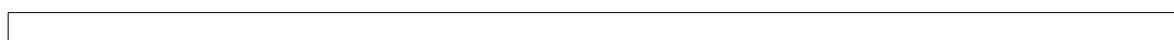
PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1.- Competencia

Es competente la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta en contra de la decisión proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, en los términos del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con lo previsto en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, por cuanto la solicitud de amparo está dirigida contra la EPS SANITAS y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué, en actuación que comprende al Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA- del Ministerio de la Protección Social

2.- El problema jurídico planteado

Corresponde determinar si la no vinculación formal del FOSYGA afecta el trámite de la acción de tutela y torna forzosa la declaratoria de nulidad de lo actuado, en caso de no prosperar, habrá de establecerse si dicho fondo fue objeto de alguna condena en la sentencia de primera





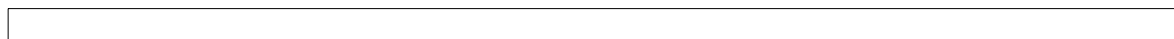
instancia. También habrá de verificarse si la negativa de la ESP SANITAS de pagar la licencia de maternidad a la accionante por no haber cotizado la totalidad del periodo de gestación desconoce sus garantías fundamentales y las de su hijo recién nacido.

3.- De la nulidad propuesta

Corresponde en este asunto determinar si la falta de notificación al FOSYGA del trámite de la acción de tutela tiene incidencia en la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia que torne forzosa la declaratoria de nulidad de lo actuado por desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa.

La solicitud de tutela fue presentada contra EPS SANITAS y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué por la decisión de no reconocer el pago de la licencia de maternidad a la accionante, bajo el entendido de que no cotizó en el servicio de salud durante todo el tiempo de su gestación.

Adicionalmente, al mencionado Fondo de Solidaridad y Garantías no se le atribuye el desconocimiento de derechos constitucionales y, su eventual intervención de orden económico-administrativo, está condicionada a la

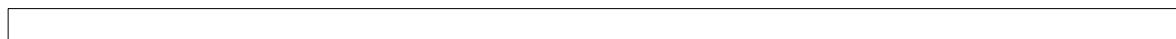




prosperidad de la tutela pero ello, no impide que eventualmente sea convocado por solicitud de las partes en calidad de tercero con interés y, en tal condición, ejerza el derecho de defensa.

En el trámite de la primera instancia, la Empresa Promotora de Salud expresó que en caso de no ser acogidos sus planteamientos tendientes a la negativa de la solicitud de amparo constitucional, se le facultara a repetir contra el FOSYGA, situación que así expuesta daría lugar a su vinculación pero no se hizo; sin embargo, al ser notificado de la sentencia de primera instancia intervino en los términos indicados en esta decisión convalidó dicha omisión e, incluso, a través de la impugnación ejerció el derecho de contradicción.

De lo anterior, surge claro que a pesar de no ser forzosa la vinculación del citado Fondo de Solidaridad y Garantías para tener integrado adecuadamente el contradictorio en la medida en que no es sujeto pasivo de la demanda, en este asunto se notificó por conducta concluyente y decidió intervenir, expresando las razones por las cuales estima que no debe autorizarse a la EPS a repetir en su contra, motivo por el cual se impone la decisión de negar la nulidad propuesta.



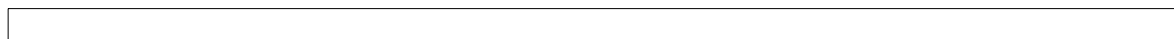


4.- La facultad de repetir contra el FOSYGA no es una condena impuesta por el juez constitucional.

De acuerdo con la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la competencia del juez está limitada a proteger los derechos de las personas de cualquier acción u omisión vulneradora de los mismos, por consiguiente la facultad otorgada a las Empresas Prestadoras de Salud de repetir contra el FOSYGA por los sobrecostos del pago de la licencia de maternidad, al tenor de lo previsto en el artículo 207 de la Ley de 1993, corresponde a un trámite administrativo de contenido económico en el cual el mencionado Fondo tiene la oportunidad de hacer valer sus derechos.

De lo expuesto, la posibilidad de que la EPS SANITAS pueda repetir contra el FOSYGA no puede equipararse a una orden de forzoso cumplimiento emitida por el juez constitucional, en la medida en que es potestad de la Entidad Promotora de Salud decidir si agotar dicho trámite administrativo con fundamento en la normatividad que lo reglamenta y con la finalidad de preservar el equilibrio financiero, motivo por el cual no es posible acoger el planteamiento de la recurrente¹.

¹ Sobre el particular puede consultarse la Sentencia de la Corte Constitucional T-818 de 2008





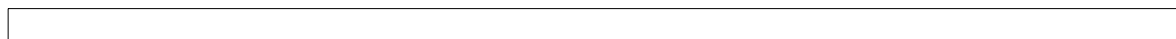
5.- Precedente constitucional sobre el pago de la licencia de maternidad

De tiempo atrás, la Corte Constitucional a través de sus sentencias de revisión ha reconocido el derecho a la protección forzada de las maternas que incluye el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Por ello, en relación con este último aspecto precisó:

“(…) desde la sentencia T-1223 de 2008 la Corte Constitucional ha sostenido que se debe cancelar la totalidad de la licencia de maternidad cuando faltan por cotizar menos de dos meses del período de gestación: “En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar mas de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.”²

En la misma sentencia la mencionada Corporación también consideró que *“se presume la afectación del mínimo vital de una madre gestante o lactante y de su hijo recién*

² Corte Constitucional, Sentencia T-706 de 2009.





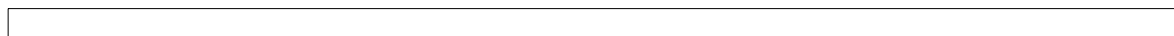
nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo, o cuando el salario es su única fuente de ingreso y no ha transcurrido más de un año desde el nacimiento del menor" (subrayas fuera del texto original).

6.- Caso concreto

Ningún reparo merece la decisión del juez colegiado de instancia en cuanto concedió el amparo del derecho al mínimo vital a favor de la actora y su hijo recién nacido, por cuanto la situación expuesta se ajusta a los parámetros establecidos en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, acreditó haber cotizado un total de 112 semanas en el servicio de salud y durante el tiempo de su gestación solamente dejó de cotizar en el marzo de 2010 porque no tuvo en cuenta que los aportes en salud se cancelan anticipadamente y el 8 de mayo de 2010 fue el nacimiento de su segundo hijo.

Igualmente señaló la actora que a pesar de que su salario es superior al mínimo legal mensual previsto, constituye su única fuente de ingreso destinado a proveer todo lo necesario para su manutención y la de su grupo familiar, ahora conformado con sus dos menores hijos.





Además, desde el momento en que entró a disfrutar la licencia de maternidad dejó de percibir remuneración, circunstancia que a no dudarlo pone en riesgo la subsistencia en condiciones dignas tanto de ella como de sus menores.

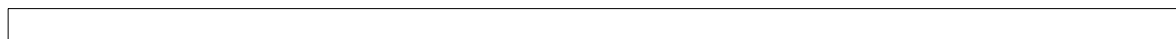
Es estas condiciones, se impone la decisión de negar la nulidad propuesta y confirmar el fallo objeto de impugnación proferido por el Tribunal Superior de Ibagué por cuyo medio concedió el amparo de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. NEGAR la nulidad propuesta por las razones indicadas en esta determinación.

2. CONFIRMAR el fallo impugnado, por las consideraciones consignadas en la anterior motivación.





3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para la eventual revisión de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

TERESA RUIZ NUÑEZ
Secretaria

