

## SALA DE CASACIÓN CIVIL

### TUTELA

### REPORTE DE CONSULTA

RELEVANTE	
SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA	
ID	: 534044
M. PONENTE	: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
NUIP	: T 7300122130002016-00649-02
NÚMERO DE PROCESO	: T 7300122130002016-00649-02
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: STC4586-2017
PROCEDENCIA	: Tribunal Superior Sala Civil - Familia de Ibagué
CLASE DE ACTUACIÓN	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 30/03/2017
DECISIÓN	: CONFIRMA CONCEDE TUTELA
ACCIONADO	: SALUD TOTAL E.P.S. Y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
ACCIONANTE	: IVONNE CRISTINA NÚÑEZ RIVERA
VINCULADOS	: SUPERINTENDENCIA DE SALUD Y AL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA -FOSYGA
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia art. 43, 44, 86, / Ley 1438 de 2011 art. 126

**ASUNTO:**

PROBLEMA JURÍDICO ¿Salud Total EPS, vulnera el derecho a la seguridad social de la accionante, al negar el pago de la licencia de maternidad por mora en el pago de las cotizaciones?

**TEMA:** DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Licencia de maternidad - Reconocimiento y pago por vía de tutela: ineficacia de los medios ordinarios de defensa judicial

**Tesis:**

«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".

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 principal, lo cierto es que aunque no se avizore trámite alguno por parte de la encartada, esta situación no soslaya la intervención del juez constitucional, por las razones que se anotaron en precedencia».

DERECHO AL MÍNIMO VITAL DE LA MUJER GESTANTE Y DEL RECIÉN NACIDO - Protección a la maternidad durante los periodos de

gestación, parto y lactancia - Licencia de maternidad: reconocimiento y pago

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Protección a la maternidad durante los periodos de gestación, parto y lactancia - Licencia de maternidad - Pago extemporáneo de las cotizaciones - Allanamiento a la mora: obligación de la EPS de pagar la licencia cuando el empleador o la trabajadora independiente hayan pagado tardíamente las cotizaciones en salud y la EPS no se hubiera opuesto a dicho pago

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Licencia de maternidad: vulneración por parte de Salud Total EPS, al negar el pago de la licencia por mora en el pago de las cotizaciones

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Recobro ante el FOSYGA: improcedencia (c. j.)

#### Tesis:

«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".

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».

#### CONSIDERACIONES:

1. Cuando el artículo 86 de 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: Sentencia T 503/2016 de 16 de septiembre de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.]

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 principal, lo cierto es que aunque no se avizore trámite alguno por parte de la encartada, esta situación no soslaya la intervención del juez constitucional, por las razones que se anotaron en precedencia. [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».]

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: Sentencia T 368/2015 de 18 de junio de 2015. ]

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 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.

**JURISPRUDENCIA RELACIONADA:** Rad: CC T-503/16 Rad: CC T-

368/15

**PARTE RESOLUTIVA:** 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.

**CATEGORÍA:** Prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres / Derechos de las mujeres al trabajo, derechos laborales y a la seguridad social / Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

---