

Sentencia T-503/16

LICENCIA DE MATERNIDAD-Manifestación directa del trato preferente durante el embarazo y después del parto/MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial durante y en la época posterior al parto, así como de las personas adoptantes y de los adoptados

La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO-Presunción de afectación por no pago de licencia de maternidad

REGIMEN DE INSOLVENCIA-Finalidad y principios

El Régimen de Insolvencia Empresarial corresponde a una estrategia -legítima- de intervención del Estado en la economía, diseñada con varios objetivos: velar por la protección del crédito, recuperar y conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo, normalizar las relaciones comerciales y, de ser necesario, asegurar la liquidación pronta y ordenada protegiendo la buena fe en las relaciones comerciales y sancionando conductas contrarias a ella. El régimen de insolvencia se inspira en los principios de universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Funciones y facultades

LICENCIA DE MATERNIDAD-Derecho cierto e indiscutible en el marco de la liquidación de la

empresa prestadora de servicios de salud

En el marco del proceso de liquidación de una empresa prestadora de servicios de salud, se debe tener en cuenta que los créditos laborales en los cuales, clasifica la licencia de maternidad, pertenecen a la primera clase de créditos de que trata el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.

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

La tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: (i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos para el reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD Y FOSYGA-Funciones y obligaciones

LICENCIA DE MATERNIDAD-Compensación por parte del Administrador Fiduciario del FOSYGA y el Ministerio de Protección Social de las prestaciones que hayan sido pagadas por las entidades promotoras de salud

PROTECCION A LA MUJER Y LA MATERNIDAD-Orden a EPS pagar a la actora la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo

Referencia: (Acumulados) Expedientes T-5493393 y T-5518263

Demandante: Acción de tutela instaurada por la señora Fabiana Correa Arias contra Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, Salud Vida E.P.S. y Visión Estratégica Legal y la acción de tutela instaurada por la señora Bibiana Gómez Otálvaro contra Cafesalud E.P.S., Saludcoop E.P.S. – En liquidación y Asesoría Gestión Empresarial S.A.S.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, dentro del expediente T-5493393 y, en primera instancia por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira, dentro del expediente T-5518263.

Estos expedientes fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección número 5º, por medio de Auto de 27 de mayo de 2016, y por presentar unidad en la materia, se acumularon para ser decididos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES DE LA T-5493393

1. Solicitud de la acción de tutela

1.1. El 26 de octubre de 2015, Fabiana Correa Arias, presentó acción de tutela contra Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, Salud Vida E.P.S. y Visión Estratégica Legal con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por dichas entidades.

2. Fundamentos fácticos de la acción: La Señora Fabiana Correa Arias, manifestó lo siguiente:

2.1. Se afilió desde el año 2011 en Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, como cotizante independiente.

2.2. El Hospital Universitario Erasmo Meoz, por motivo de parto, expidió licencia de maternidad número de serie K N°540010001 con fecha inicial 31/01/2015 hasta el 09/05/2015, para un total de 98 días.

2.3. Elevó derecho de petición ante Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada en el mes de mayo

de 2015, solicitando que le aclararan las razones por las cuales a la fecha no le habían efectuado el pago de la licencia de maternidad, y la entidad simplemente le informó que en ese momento se encontraba en liquidación. Dicha respuesta la llevó a presentar la acción de tutela el 26 de octubre de 2015, para obtener el reconocimiento de la prestación insoluta.

3. Pretensiones

3.1. Solicita la demandante que se le amparen los derechos a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, vulnerados por parte de Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, y Visión Estratégica Legal en calidad de mandataria de Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada y Salud Vida E.P.S y que, en consecuencia, se les ordene que cumplan con el pago de la licencia de maternidad.

4. Trámite

4.1. La acción de tutela fue asignada al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta con Función de Conocimiento, despacho judicial que, a través de auto de 26 de octubre de 2015, corrió traslado a la entidad demandada Golden Group S.A. E.P.S., y ordenó vincular como litis consorcio necesario a Salud Vida E.P.S.

4.2. El 9 de noviembre de 2015, profirió fallo, que concedió el amparo y, ordenó a Golden Group E.P.S. – En liquidación, que efectuara el pago de la licencia de maternidad. Esta providencia fue impugnada por Visión Estratégica Legal en calidad de mandataria de la demandada quien además solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado por indebida notificación.

4.3. El Juzgado 6º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, mediante auto de 4 de diciembre de 2015, decretó la nulidad de lo actuado, a fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción a las partes.

4.4. Por consiguiente, el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta con Función de Conocimiento, cumpliendo con lo ordenado por su Superior Jerárquico, mediante auto de 11 de diciembre de 2015, ordenó que se realizará nuevamente la notificación a la accionada y que se vinculara como litis consorte necesario a Visión Estratégica Legal SAS., en calidad de

mandataria de Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada. Y profirió fallo el 28 de diciembre de 2015, denegando la pretensión de la acción de tutela.

5. Oposición a la demanda de tutela

5.1. Entidades vinculadas

5.1.1. Visión Estratégica Legal

5.1.1.1. En calidad de mandataria de Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, sobre los hechos de la demanda de tutela señaló que la entidad a quien representa fue intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que ordenaron que se desarrollara un proceso de liquidación forzosa administrativa mediante la Resolución N° 00133 del 23 de enero de 2015, el cual fue ejecutado desde el 26 de enero hasta el 15 de julio de 2015.

5.1.1.2. Mediante la Resolución N° 00294 del 15 de mayo de 2015 el Agente Especial Liquidador de Golden Group S.A.E.P.S., declaró configurado el desequilibrio financiero del proceso liquidatorio, seguidamente, mediante la Resolución N° 00312 de 15 de julio de 2015, fue declarada la terminación de la existencia legal de la entidad. Esta última fue inscrita el 12 de agosto de 2015 en registro de Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

5.1.1.3. A través de correo electrónico se dio por notificada la Resolución 0015 de 01 de abril de 2015, por medio de la cual el Agente Especial Liquidador de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, identificada con el Nit. 900.074.992-3, determina, gradúa y califica las acreencias presentadas de manera extemporánea al proceso liquidatorio.

5.1.1.4. En el trámite del proceso liquidatorio se estableció que la solicitud de la actora fue presentada de forma extemporánea por lo cual fue rechazada. El monto de la prestación económica es de \$1.870.000, oo.

5.1.1.5. Las causales de rechazo señaladas por la entidad fueron las enumeradas 1.12: (Se rechaza por tratarse de una reclamación que por su naturaleza y/o fecha de causación debe tomarse como un gasto propio de la liquidación. Dentro de esta categoría quedan comprendidas acreencias tales como los tributos sobre inmuebles o muebles de propiedad de la entidad o el cobro de servicios públicos domiciliarios y cuotas de administración

correspondientes a inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, atendiendo a que en estos casos es necesario adelantar las acciones tendientes a la conservación de los activos de la entidad en liquidación para proceder a su realización pronta y oportuna) y 1.35: (La reclamación presentada no está sujeta al trámite propio de la liquidación por hacer referencia a obligaciones que no están sujetas a calificación), y que contra la decisión no fue presentado recurso alguno.

5.1.2. Salud Vida E.P.S.

5.1.2.1. Sobre los hechos expuestos por la demandante sostuvo que en la base de datos de la entidad no se ha realizado ningún tipo de reconocimiento económico y que, según lo expuesto en el escrito de tutela, el inicio de la licencia de maternidad fue anterior a la entrada en vigencia de la afiliación de la actora con Salud Vida E.P.S., por cuanto, el traslado se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 2015, consecuentemente afirman que el pago de la misma le corresponde a la E.P.S. en la que anteriormente se encontraba afiliada.

6.1. Copia del certificado de licencia de maternidad N° 11955, expedido el 16 de febrero de 2015, por la E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz a favor de la señora Fabiana Correa Arias, por 98 días, desde el 31 de enero de 2015[1].

6.2. Copia de la historia clínica de la E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz, ubicado en Guaimaral Cúcuta-Norte de Santander, en el que registra como paciente la señora Fabiana Correa Arias, a quien le fue practicado el 31 de enero de 2015 parto por cesárea como afiliada del régimen contributivo a la Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada [2].

6.3. Copia del certificado de nacido vivo, antecedente para el registro civil N°12898392-4, en el que consta que el 31 de enero de 2015, nació en Cúcuta, un niño varón con 2.740 gramos de peso y 48 cm de talla, figurando como Madre la señora Fabiana Correa Arias. El parto fue atendido por el Doctor Mauricio Rubio[3].

6.4. Copia de la cédula de ciudadanía N° 1.092.255.711, expedida en Cúcuta, de la ciudadana Colombiana Fabiana Correa Arias, nacida el 2 de abril de 1989 en Sardinata – Norte de Santander[4].

6.5. Copia del derecho de petición presentado por Fabiana Correa Arias ante Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, con fecha, mayo de 2015, en el cual indica que solicitó ante Salud Vida E.P.S., el pago de la licencia de maternidad, pero que esa entidad le informó que a ellos no les correspondía cancelarla, debido a que no había ingresado en el sistema antes del 31 de enero de 2015[5].

6.6. Copia de la notificación electrónica de la Resolución 0015 de 01 de abril de 2015, en la que la solicitud de la señora Fabiana Correa Arias fue clasificada como extemporánea y rechazada por las causales 1.12 y 1.35, las mismas, especificadas en el contenido de la Resolución[6].

6.7. Copia de la Resolución 0015 de 01 de abril de 2015, por medio de la cual el Agente Especial Liquidador de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, identificada con el Nit. 900.074.992-3, determina, gradúa y califica las acreencias presentadas de manera extemporánea al proceso liquidatorio[7].

6.8. Copia de oficio de fecha 21 de octubre de 2013, que fue remitido, en su oportunidad, por el Director de Administración de Fondos de la Protección Social al Agente Especial Liquidador de Human Heart E.P.S. -En liquidación, en el cual, le señala “que aquellas prestaciones cuya fecha de inicio sea anterior a la fecha en que fueron asignados los cotizantes a las otras EPS, será responsabilidad de esa EPS en liquidación el reconocimiento y pago de la totalidad de dichas prestaciones económicas, por tanto no es procedente el pago de prestaciones económicas proporcionales con la EPS a la que fueron asignados los cotizantes, cuya fecha de inicio de la prestación económica sea anterior a la fecha de asignación. Los procedimientos para el cobro de las licencias de maternidad y paternidad ante el FOSYGA se encuentran claramente definidos y son del conocimiento de todas las EPS-EOC”[8].

6.9. Certificado de Existencia y Representación Legal de Visión Estratégica Legal SAS., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá[9].

6.10. Copia del contrato de mandato con representación N° 0010 de 2015 suscrito entre Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada y Visión Estratégica Legal S.A.S.[10].

6.11. Copia de la Resolución N° 00133 de 2015, proferida por la Superintendencia Nacional

de Salud por medio de la cual, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada[11].

6.12. Copia de la Resolución N° 00294 del 15 de mayo de 2015, por medio de la cual el Agente Especial Liquidador de la Entidad promotora de salud del régimen contributivo Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, declara configurado el desequilibrio financiero del proceso liquidatorio[12].

6.13. Copia de la Resolución N° 00312 del 15 de julio de 2015, por medio de la cual el Agente Especial Liquidador declaró la terminación de la Existencia Legal de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada[13].

II. DECISIÓN JUDICIAL PROFERIDA

1. En el trámite de la acción de tutela T-5493393. Fabiana Correa Arias

1.1. Primera instancia

1.1.1 El 28 de diciembre de 2015, el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta denegó el amparo solicitado en la acción de tutela. En esa oportunidad, el juzgador resaltó la posibilidad que pudo tener la accionante para tramitar el pago de la licencia de maternidad en el proceso de liquidación de la empresa. Puntualizó el fallador de primer grado que lo pretendido por la actora se escapa de la órbita del juez constitucional, por cuanto la entidad prestadora del servicio de salud ya no existe, razón que, a su juicio, imposibilita ordenar el pago de la misma.

III. ANTECEDENTES DE LA T-5518263

1. Solicitud de la acción de tutela

1.1. El 26 de octubre de 2015, Bibiana Gómez Otálvaro, presentó acción de tutela contra Cafesalud E.P.S. y Asesoría Gestión Empresarial S.A.S. con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, presuntamente vulnerados por dichas entidades.

2. Fundamentos fácticos de la acción: La Señora Bibiana Gómez Otálvaro, manifestó lo siguiente:

2.2. El 02 de mayo de 2015, nació su hijo por lo cual, el médico tratante, expidió la licencia de maternidad, con fecha inicial 02/05/2015 hasta el 07/07/2015, para un total de 98 días, por ello, seguidamente, la actora solicitó ante Cafesalud el pago de la licencia de maternidad pero esta le fue negada por cuanto le señalaron que no cumplía con el número de semanas cotizadas, continuas y completas en el período de gestación.

2.3. Luego, el 3 de julio de 2015, tramitó el formato de solicitud para el pago de la licencia de maternidad ante Saludcoop E.P.S. – En liquidación, sin que, a la fecha, le haya sido cancelada.

2.4. Comenta que ha tenido que sufrir penosas dificultades económicas para cubrir los gastos básicos que demanda solventar las necesidades de su hijo.

3. Pretensiones

3.1. Solicita la demandante que se le amparen los derechos a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital vulnerados por parte de las Entidades Prestadoras del Servicio de Seguridad Social en Salud y que, en consecuencia, se les ordene que cumplan con el pago de la licencia de maternidad.

4. Trámite

4.1. La acción de tutela fue asignada al Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira con Función de Conocimiento, despacho judicial que, a través del auto de 20 de enero de 2015, corrió traslado a la entidad demandada Cafesalud E.P.S., y ordenó vincular como litis consorcio necesario a la sociedad Asesoría Gestión Empresarial SAS. El 28 de enero de 2016, se profirió auto por medio del cual, igualmente, se vinculó a Saludcoop E.P.S. – En liquidación. El 2 de febrero de 2016, profirió fallo, resolviendo denegar el amparo.

5. Oposición a la demanda de tutela

5.1. Cafesalud E.P.S.

5.1.1. No allegó respuesta al requerimiento que se le formuló para que se pronunciara sobre los hechos que sustentan la acción de tutela.

5.2. Entidades vinculadas

5.2.1. Asesorías Gestión Empresarial

5.2.1.1. En calidad de empleador de la actora, informó que la misma ingresó a laborar en la empresa a partir del 7 de mayo de 2014, por medio de contrato de trabajo y desde esa fecha le han venido realizando, puntualmente, los aportes al sistema de seguridad social.

5.2.1.2. Señala que a la actora sí le están vulnerado su derecho al mínimo vital, porque la incapacidad es la prestación que le corresponde legalmente para gozar de su recuperación del parto y descanso remunerado.

5.2.1.3. Afirma que la EPS debe pagar la licencia de maternidad para que la trabajadora pueda sufragar no solo sus gastos sino también, lo más importante la manutención, alimentos, medicamentos, pañales y citas médicas de su niño.

5.2.1.4. Finalmente, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de pago de licencia de maternidad, como sustento de su solicitud de que ordene a Cafesalud el pago correspondiente.

5.2.2. Saludcoop E.P.S. – En liquidación

5.2.2.1. No allegó respuesta al requerimiento que se le formuló para que se pronunciara sobre los hechos que sustentan la acción de tutela.

6.1. Copia de las planillas pila en las que constan las cotizaciones realizadas a favor de Bibiana Gómez Otálvaro, por parte de su empleador, Asesoría Gestión Empresarial SAS, al sistema general de seguridad social en salud, las cuales dan cuenta, además de que dicho pago se efectuó, de forma continua y completa, durante todo el período de gestación de la actora, discriminado así:

– A Saludcoop E.P.S., los meses de agosto a diciembre del año 2014; los meses de enero a octubre del año 2015 (15 meses)[14].

- A Cafesalud E.P.S., los meses de noviembre a diciembre del año 2015 (2 meses)[15].

6.2. Formulario de afiliación de la trabajadora Bibiana Gómez Otálvaro, a Cafesalud E.P.S., Regional Antioquia, con fecha de radicación del 21 de mayo de 2014[16].

6.3. Copia del formato de solicitud para pago de licencia de maternidad radicado el 03 de julio de 2015, en Saludcoop E.P.S.- Regional Antioquia – Oficina Medellín[17].

6.4. Copia de la historia clínica de urgencia de la Clínica de Pereira, en la que se registra como IPS Primaria Pereira Sana Corporación – IPS Saludcoop – Eje Cafetero y, que fue atendida la señora Bibiana Gómez Otálvaro, por embarazo a término[18].

6.5. Copia de la incapacidad médica de la señora Bibiana Gómez Otálvaro, expedida por la Clínica Saludcoop, Pereira, Corporación IPS Saludcoop, de fecha 03 de mayo de 2015, por causa de parto, mediante la cual se le concedió licencia de maternidad desde el 02 de mayo hasta el 07 de julio de 2015[19].

6.6. Copia del certificado de nacido vivo, antecedente para el registro civil N°12961147-8, en el que consta que el 2 de mayo de 2015, nació en Pereira – Risaralda, un niño varón, figurando como Madre la señora Bibiana Gómez Otálvaro. El parto fue atendido por el Doctor Rafael Orrego Herrera[20].

6.7. Copia del registro civil de nacimiento N°55448820 del menor Jacobo Valencia Gómez[21].

6.8. Copia de la cédula de ciudadanía N° 42.161.031, expedida en Pereira, de la ciudadana Colombiana Bibiana Gómez Otálvaro, nacida el 21 de enero de 1985 en Pereira – Risaralda[22].

IV. DECISIÓN JUDICIAL PROFERIDA

1. En el trámite de la acción de tutela T-5518263. Bibiana Gómez Otálvaro

1.1. Primera instancia

1.1.1. El 2 de febrero de 2016, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira, denegó el amparo solicitado.

1.1.2. En los fundamentos de la sentencia señaló que la acción de tutela es una herramienta subsidiaria y que la actora debió realizar su reclamación en el proceso liquidatorio de Saludcoop E.P.S., para que la misma, fuera incluida a través de los medios administrativos que dispuso la entidad para darle curso a ese tipo de peticiones, como por ejemplo, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de pago de licencias.

V. PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. En el trámite de la acción de tutela T-5493393. Fabiana Correa Arias

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto proferido el 5 de agosto de 2016, el Magistrado Sustanciador ordenó que por Secretaría, en primer lugar, se oficiara al FOSYGA, a Golden Grup S.A. E.P.S. – Liquidada, representada por Visión Estratégica Legal y a Salud Vida E.P.S., a fin de que informaran a esta Corporación lo siguiente:

- ¿Desde qué fecha se encuentra afiliada al sistema de seguridad en salud la señora Fabiana Correa Arias, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.092.255.711?
- ¿Durante el período de gestación y al momento del parto, quién era el empleador de la señora Fabiana Correa Arias?
- ¿Cuántas semanas de cotización registran a favor de la señora Fabiana Correa Arias al sistema de seguridad social en salud?
- ¿Cuántas semanas continuas de cotización tiene la señora Fabiana Correa Arias durante su período de gestación?
- Allegar a esta Corporación el listado de las empresas que vincularon como trabajadora a la señora Fabiana Correa Arias. Informar la dirección y teléfonos registrados durante el tiempo de gestación y parto.

2. En el trámite de la acción de tutela T-5518263. Bibiana Gómez Otálvaro

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto proferido el 5 de agosto de 2016, el Magistrado Sustanciador igualmente, ordenó que se oficiara al FOSYGA,

a Saludcoop E.P.S.- En liquidación y a Cafesalud E.P.S., a fin de que informaran a esta Corporación lo siguiente:

- ¿Desde qué fecha se encuentra afiliada al sistema de seguridad en salud la señora Bibiana Gómez Otálvaro, identificada con la cédula de ciudadanía N° 42.161.031?
- ¿Durante el período de gestación y al momento del parto, quién era el empleador de la señora Bibiana Gómez Otálvaro?
- ¿Cuántas semanas de cotización registran a favor de la señora Bibiana Gómez Otálvaro al sistema de seguridad social en salud?
- ¿Cuántas semanas continuas de cotización tiene la señora Bibiana Gómez Otálvaro durante su período de gestación?
- Allegar a esta Corporación el listado de las empresas que vincularon como trabajadora a la señora Bibiana Gómez Otálvaro. Informar la dirección y teléfonos registrados durante el tiempo de gestación y parto.

3. Respuestas a la solicitud de pruebas

3.1. Visión Estratégica Legal – Expediente T-5493393. Fabiana Correa Arias

3.1.1. Visión Estratégica Legal en calidad de mandataria de Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, en respuesta al requerimiento hecho por esta Corporación, señaló que:

3.1.2. La señora Fabiana Correa Arias estuvo afiliada a la EPS Golden Group S.A., liquidada desde el 12 de septiembre de 2011, y que la actora figura como cotizante independiente con aportes únicamente a salud con un total de 167 semanas acumuladas a enero 31 de 2015. Solicitan se amplíe el término para dar respuesta a las demás preguntas.

3.2. FOSYGA. Consorcio Sayp 2011

3.2.1. La Coordinadora Jurídica del Consorcio Sayp 2011, integrado por Fiduciaria la Previsora S.A. “Fiduprevisora S.A.”, y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. “Fiducoldex S.A.”, en calidad de administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA, allegó respuesta, al requerimiento hecho por esta Corporación, en la que informó lo siguiente:

3.2.2. Que el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, administrada mediante encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política, que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos, conformado por cinco Subcuentas: Compensación, Promoción, Solidaridad, Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito –ECAT y la subcuenta de Garantías para la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993.

3.2.3. A partir del 1 de octubre de 2011, el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA es el Consorcio SAYP 2011, según el contrato suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual tiene a su cargo recibir la información reportada por las EPS y las EOC, consolidar y administrar la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

3.2.4. Para el expediente T-5493393. Actora Fabiana Correa Arias

a. Relación de las EPS a las cuales estuvo afiliada la accionante, incluyendo el régimen al que perteneció y sus fechas de afiliación de inicio y final:

Fabiana Correa Arias

OBS

TIPO DE RÉGIMEN

ENTIDAD

FECHA DE AFILIACIÓN

FECHA FINAL

Afiliaciones

Contributivo

EPS Golden Group S.A.

12/09/2011

31/01/2015

Afiliaciones

Contributivo

EPS Salud Vida S.A.

01/02/2015

30/06/2015

Afiliaciones

Subsidiado

EPS Salud Vida S.A.

31/12/2999

b. En cuanto a los empleadores que cotizaron a favor de la actora señalaron que esas información la tienen las EPS, en las cuales, los mismos realizaron la afiliación correspondiente.

c. Respecto a las cotizaciones realizadas de forma continua durante el período de gestación de la actora, señalan no tener un conocimiento exacto, pero, en su lugar, informan sobre los períodos compensados en cada una de las EPS, a las cuales estuvo afiliada la actora, así:

Consulta afiliado Compensado

Información Básica del Afiliado

Dato en Resolución 2309

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Segundo nombre

Último período compensado

EPS/EOC

Tipo afiliación

No records to display.

Datos en Resolución 2280

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Segundo nombre

Último período compensado

EPS/EOC

CC

1092255711

CORREA

ARIAS

FABIANA

Sep-13

Golden Group S.A. E.P.S

Cotizante

Datos en Resolución 4023

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Segundo nombre

Último período compensado

EPS/EOC

Tipo afiliación

CC

1092255711

CORREA

FABIANA

2015-01

Golden Group S.A. E.P.S

Cotizante

CC

1092255711

CORREA

ARIAS

FABIANA

2015-06

Salud Vida S.A. E.P.S.

Cotizante

d. Información de períodos compensados

- Con fecha de afiliación 12/09/2011, a Golden Group S.A. E.P.S., están relacionados como períodos compensados los meses de (septiembre a diciembre de 2011), de (enero a diciembre de 2012), y de (enero a septiembre de 2013). Con fecha de afiliación 01/07/2015,

a Golden Group S.A. E.P.S., continúan los meses de (octubre a diciembre del año 2013), (enero a diciembre del año 2014) y el mes de (enero de 2015).

- Seguidamente, con fecha de afiliación 01/07/2015, a Saludvida S.A. E.P.S., los meses de (febrero, marzo, abril, mayo y junio del año 2015).

Conforme al detalle del número de días compensados según el reporte, suma un total de 1.579 días, equivalentes a 226 semanas, a favor del sistema de seguridad social en salud, para la afiliada Fabiana Correa Arias.

De la información detallada aportada al expediente sobre Fabiana Correa Arias, se observa que su niño, nació el 02 de mayo de 2015, por consiguiente, el período de gestación corresponde a los meses de agosto a diciembre de 2014 y enero a abril de 2015, es decir, del total de 226 semanas, corresponden al período continuo de gestación 39 semanas, es decir, los 9 meses anteriores a la fecha del parto, los cuales fueron debidamente compensados a Golden Group S.A. E.P.S.

3.2.5. Para el expediente T-5518263. Actora Bibiana Gómez Otálvaro.

a. Relación de las EPS a las cuales estuvo afiliada la accionante, incluyendo el régimen al que perteneció y sus fechas de afiliación de inicio y final:

Bibiana Gómez Otálvaro

TIPO DE RÉGIMEN

ENTIDAD

FECHA DE AFILIACIÓN

FECHA FINAL

Afiliaciones

Contributivo

Salud Total EPS

13/10/2005

21/05/2008

Afiliaciones

Contributivo

Salud Total EPS

22/05/2008

31/07/2008

Afiliaciones

Contributivo

Cafesalud EPS

01/08/2008

31/08/2008

Afiliaciones

Contributivo

Saludcoop EPS

01/09/2008

15/05/2014

Afiliaciones

Contributivo

Salud Total EPS

16/05/2014

30/05/2014

Afiliaciones

Contributivo

Saludcoop EPS

31/05/2014

31/05/2014

Afiliaciones

Contributivo

Cafesalud EPS

01/06/2014

16/06/2014

Afiliaciones

Contributivo

Saludcoop EPS

17/06/2014

30/06/2014

Afiliaciones

Contributivo

01/07/2014

30/07/2014

Afiliaciones

Contributivo

Saludcoop EPS

31/07/2014

31/07/2014

Afiliaciones

Contributivo

Cafesalud EPS

01/08/2014

30/08/2014

Afiliaciones

Contributivo

Saludcoop EPS

31/08/2014

30/11/2015

Afiliaciones

Contributivo

Cafesalud EPS

01/12/2015

31/12/2999

b. En cuanto a los empleadores que cotizaron a favor de la actora señalaron que esa información la tienen las EPS, en las cuales, los mismos realizaron la afiliación correspondiente.

c. Respecto a las cotizaciones efectuadas de forma continua durante el período de gestación de la actora, señalan no tener un conocimiento exacto, pero, en su lugar, informan sobre los períodos compensados en cada una de las EPS, a las cuales estuvo afiliada la actora, así:

Consulta afiliado Compensado

Información Básica del Afiliado

Dato en Resolución 2309

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Segundo nombre

Último período compensado

EPS/EOC

Tipo afiliación

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

Ene-05

Cafesalud EPS SA

Cotizante- Dependiente

No records to display.

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Segundo nombre

Último período compensado

EPS/EOC

Tipo afiliación

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

Ago-08

Cafesalud EPS SA

Cotizante

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

Abr-07

Salud Total SA

Cotizante

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

May-08

Saludcoop EPS

Cotizante

Datos en Resolución 4023

Tipo ID

Número de documento

Primer apellido

Segundo apellido

Primer nombre

Último período compensado

EPS/EOC

Tipo afiliación

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

2016-07

Cafesalud EPS SA

Cotizante

CC

42161031

GOMEZ

OTALVARO

BIBIANA

2015-11

Saludcoop EPS

Cotizante

e. Información de períodos compensados

Allegaron un cuadro detallado mes a mes en los que se especifican las EPS/EOC, los períodos compensados, las fechas de afiliación, los días compensados y el tipo de afiliación en cada período, así:

- La señora Bibiana Gómez Otálvaro, estuvo afiliada desde el 15/05/2003, en Cafesalud E.P.S. S.A., y registra como compensados los meses de: (junio a diciembre del año 2003); (enero a diciembre del año 2004) y (enero y febrero del año 2005).

- Igualmente, estuvo registrada el 13/10/2005 como afiliada cotizante a Salud Total S.A., y tiene como compensados los meses de: (noviembre y diciembre del año 2005), (enero y de junio a diciembre del año 2006), (enero a abril del año 2007) y el mes de (mayo del año 2008).
- Luego, con afiliación a Cafesalud de 01/08/2008, fue compensado el mes de (agosto del año 2008).
- Con afiliación de 01/12/2015 a Saludcoop E.P.S, los meses de (junio, julio y agosto del año 2014), los meses de julio y agosto también aparecen como compensados para Cafesalud E.P.S.
- Finalmente, con la misma fecha de afiliación anterior de 01/12/2015, en Saludcoop E.P.S., los meses de (septiembre a diciembre del años 2014); (enero a noviembre del año 2015).
- Y con fecha de afiliación 01/12/2015 a Cafesalud E.P.S., los meses de (diciembre de 2015) y (enero a julio del año 2016).

Conforme al detalle del número de días compensados según el reporte, suma un total de 1.369 días, equivalente a 196 semanas, a favor del sistema de seguridad social en salud, para la afiliada Bibiana Gómez Otálvaro.

De la información detallada aportada al expediente del caso de Bibiana Gómez Otálvaro, se observa que su niño, nació el 02 de mayo de 2015, por consiguiente, el período de gestación corresponde a los meses de agosto a diciembre de 2014 y enero a abril de 2015, es decir, del total de 196 semanas, corresponden al período continuo de gestación 39 semanas, es decir, los 9 meses, anteriores a la fecha del parto, los cuales fueron debidamente compensados a Saludcoop E.P.S.

3.3. Saludcoop E.P.S. – En liquidación

3.3.1. La apoderada general de la entidad señaló que procedieron a validar la base de datos de afiliaciones y prestaciones económicas y extractaron la siguiente información:

3.3.2. Que la señora Bibiana Gómez Otálvaro se encontraba afiliada a Saludcoop EPS de la

siguiente manera:

Nº

Documento

Razón social

Dirección

Teléfono

Fecha de inicio

afiliación

Fecha final

afiliación

42.161.031

Bibiana Gómez Otálvaro

Terraza del lago la pradera apto. 1004. Dosquebradas

3123815959

22/05/2008

30/092008

900.574.150

Asesoría Gestión Empresarial S.A.S.

Calle 54 Nº 45-63 (Pereira)

(036) 5127267

30/05/2014

30/11/2015

3.3.3. Que la usuaria Bibiana Gómez Otálvaro a la fecha del parto (2 de mayo de 2015), se encontraba con relación laboral vigente, con el empleador Asesoría Gestión Empresarial S.A.S.

3.3.4. Para el período de gestación comprendido del 9 de agosto de 2014 al 2 de mayo de 2015, la afiliada contaba con 39 semanas ininterrumpidas de cotización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

3.3.5. Por el proceso de liquidación de la E.P.S., los usuarios afiliados a Saludcoop fueron asignados a la E.P.S. Cafesalud, a partir del 1 de diciembre de 2015, por ello después de la fecha indicada, Cafesalud E.P.S., deberá asumir la prestación de los servicios de salud y adelantar cualquier trámite administrativo.

3.3.6. Allegaron certificado de las semanas de cotización ante Saludcoop E.P.S. - En liquidación, con fecha de afiliación desde el 30/07/2014 y fecha de retiro del 30/11/2015; informan que su estado actual es “retirado” por motivo de “traslado a otra EPS”, con un total de 51 semanas cotizadas como cotizante, con residencia en el Municipio de Pereira - Risaralda.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Competencia de la Sala Cuarta para proferir sentencia de revisión

La Sala Cuarta de Revisión de Corte Constitucional es competente para proferir sentencia de revisión en este caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de las

actoras, al negarles el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y si es procedente, mediante acción de tutela, ordenar el pago de este tipo de prestación.

Para resolver el anterior problema jurídico estima la Sala preciso reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con: (i) la protección constitucional, convencional y legal especial durante y en la época posterior al parto y la maternidad como un derecho humano; (ii) las reglas sobre la presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante; (iii) finalidad y principios que rigen en el régimen de insolvencia y las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud; (iv) la licencia de maternidad como derecho cierto e indiscutible en el marco de la liquidación de la empresa; (v) procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad y (vi) las funciones y obligaciones del FOSYGA respecto al pago de licencias de maternidad. Con fundamento en lo anterior (vii) la Sala procederá al análisis de los casos concretos para determinar si se debe conceder o no la protección invocada.

3. Protección constitucional, convencional y legal especial durante y en la época posterior al parto. Reiteración de jurisprudencia. La maternidad un derecho humano

3.1. La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar.

Así, la Constitución de 1991, consagró dicha protección especial, a la mujer en período de gestación y lactancia en su artículo 43:

“(…) 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, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Esta norma implica un deber y una garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido.

El artículo 10-2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), señala:

El literal b) del numeral 2º del artículo 11 de la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ley 51 de 1981), indica:

“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.

De la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, al igual que de la Convención Interamericana Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer, se destaca que la importancia social de la maternidad y la función de ambos padres en la familia y en la educación de los hijos, resaltando que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino, que debe existir una armonización de las responsabilidades laborales y familiares en el hogar, así mismo, se debe ser consecuente en que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, la familia, la sociedad y el Estado.

En todos estos convenios, la normativa desarrollada, relativa a la protección de la maternidad y, el cuidado de los hijos, proclaman como derechos esenciales en todas las esferas, el empleo, el derecho de familia, la atención de salud y la educación.

En el artículo 9-2 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (Ley 319 de 1996), respecto al derecho a la Seguridad Social, se consagró que:

“Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

Igualmente, el Convenio Nº 3 de 1919, el cual, en su totalidad, versa sobre la protección a la

maternidad, ratificado por Colombia el 20 junio 1933, aún en vigor, en su artículo 3º, establece:

“Artículo 3. En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

(a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

(b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

(c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

(d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia”.

3.2. Es por ello que el Estado debe propender hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios esenciales de la fórmula política acogida en el artículo 1º Superior. La maternidad debe ser así reconocida y protegida como derecho humano[23].

Partiendo del reconocimiento de la maternidad como un derecho humano cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual proclama que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”[24]. También establece que toda persona tiene derecho a la vida familiar, a una remuneración equitativa y satisfactoria,

que le asegure, a sí misma y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana[25], un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia, incluso por lo que respecta a los servicios sociales[26] y el derecho a la seguridad social[27].

3.3. El Convenio Nº 100 y la correspondiente Recomendación (núm. 90), así como, el Nº 111 de la OIT, adoptados por Colombia el 7 de junio de 1963 y que se encuentran actualmente en vigor, se refieren a medidas especiales, que propenden hacia la no discriminación, destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial, como el caso específico de la maternidad.

Igualmente, mediante estos convenios se reconoció la importante relación entre la aplicación del principio de igualdad de remuneración para las mujeres y los hombres ante un trabajo de igual valor, y otras medidas, como el establecimiento de servicios de bienestar y servicios sociales que correspondieran con las necesidades de las trabajadoras, especialmente de aquellas que tuvieran cargas familiares.[28]

3.4. Así mismo, en el derecho interno, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1468 de 2011, señala que:

“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto”.

El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, permite un espacio

para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.[29]

La Ley 1468 de 2011, recoge además los diferentes supuestos que se pueden presentar al momento del reconocimiento de la mencionada licencia de maternidad.

En este sentido, existe un marco jurisprudencial claramente delimitado sobre las decisiones que sobre la licencia de maternidad adopten las entidades promotoras de salud como las que en sede de tutela deban disponer los jueces constitucionales.

4. Presunción de vulneración del derecho al mínimo vital de la madre y del infante. Reglas. Reiteración de jurisprudencia

4.1. La evolución de la jurisprudencia constitucional[30], ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.

4.1.6. Las circunstancias propias de la afiliada deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar.[31]

5. Finalidad y principios que rigen en el régimen de insolvencia. Reiteración de jurisprudencia. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. La licencia de maternidad es un derecho cierto e indiscutible en el marco de la liquidación de la empresa prestadora de servicios de salud

5.1. Al abordar el análisis del proceso de liquidación judicial, se deben tener en cuenta su finalidad y principios rectores de manera que las actuaciones administrativas y judiciales estén orientadas debidamente a mantener las garantías, el equilibrio y la igualdad de los participantes, es decir, el trámite de un proceso de liquidación conlleva el conocimiento objetivo de los hechos generadores de la medida, pero resaltando la responsabilidad de la empresa frente a los derechos de los trabajadores y acreedores, por lo que las decisiones que se tomen deben ser coherentes con el cumplimiento de la finalidad del régimen de insolvencia, evitando la vulneración de derechos fundamentales.

Después de una larga y compleja evolución, los procesos concursales tienen como finalidad conciliar los intereses de los deudores, los acreedores y la sociedad en su conjunto, en el evento de insolvencia del deudor, con la finalidad de proteger el crédito, bien sea mediante fórmulas de recuperación del deudor, que le permitan pagar ordenadamente, o a través de la liquidación de su patrimonio[32].

5.2. La Ley 1116 de 2006 regula el Régimen de Insolvencia Empresarial que, en términos generales, corresponde a una estrategia -legítima- de intervención del Estado en la economía, diseñada con varios objetivos: velar por la protección del crédito, recuperar y conservar la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo, normalizar las relaciones comerciales y, de ser necesario, asegurar la liquidación pronta y

ordenada protegiendo la buena fe en las relaciones comerciales y sancionando conductas contrarias a ella. Es así como el artículo 1º dispone:

“ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente Ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.

El cumplimiento de los objetivos allí trazados se materializa a través de dos vías, no necesariamente concurrentes: (i) la reorganización empresarial y (ii) la liquidación judicial. La primera se dirige a la preservación de empresas viables, mediante la estabilización de las relaciones comerciales y crediticias; por su parte, la liquidación busca esencialmente aprovechar el patrimonio del deudor para atender equitativamente las obligaciones de los acreedores cuando la empresa se ve abocada a su extinción[33].

El régimen de insolvencia se inspira en los principios de universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica[34]. En virtud de la universalidad, debe concurrir al proceso la totalidad del patrimonio del deudor (dimensión objetiva) y de los acreedores (dimensión subjetiva), porque de otro modo difícilmente podría tenerse claridad acerca de la situación real de una empresa y de las posibilidades de éxito ante un eventual proceso de reestructuración.

Este principio guarda estrecha relación con el de igualdad, según el cual ha de procurarse un tratamiento equitativo a los acreedores (par conditio creditorum), sin perjuicio de la

prelación de créditos prevista en la Ley[35].

5.3. En materia de salud el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, consagra que el Estado está en el deber de intervenir en el servicio público de la seguridad social en salud, con el fin de garantizar, los principios constitucionales y los consagrados en los artículos 2[36] y 153[37] de la misma Ley.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la función de inspección, vigilancia y control sobre las entidades promotoras de salud, según lo establecido en el párrafo 2 del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 68 de la Ley 715 de 2001.

Los artículos 1 y 2 del Decreto 1015 de 2002, reglamentario del artículo 68 de la Ley 715 de 2001, consagran que:

“Artículo 1°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-Ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

Artículo 2°. La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones y competencias, señaladas por los artículos 42.8 y 68 de la Ley 715 de 2001 podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las instituciones prestadoras de salud sin ánimo de lucro, con las excepciones allí previstas. Para este efecto, aplicará el procedimiento administrativo respectivo, conforme a las normas a que alude el artículo anterior”.

Esto último, en desarrollo de lo ordenado por el párrafo 2 del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, en el que se dispuso que el procedimiento a aplicar por la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que el consagrado para la Superintendencia Financiera.

5.4. Así mismo, se estableció dentro del régimen del proceso de liquidación que es el juez del concordato quien se encuentra facultado para constatar y calificar las circunstancias que conllevan incumplimiento o fracaso de los acuerdos en el proceso de reorganización, con su posterior ingreso a la fase de la liquidación judicial, e igualmente, que es ese juez quien define que los créditos originados en salarios, prestaciones laborales e indemnizaciones, tienen el carácter de derechos ciertos e indiscutibles con su correspondiente privilegio dentro del proceso de graduación y calificación de créditos[38].

5.5. Para el caso, se hace énfasis en la premisa fundamental que deben ser tenidas en cuenta durante el proceso de liquidación definitiva, y es que esta Corporación en sede de control concreto de tutela ha propugnado también por conceder otras prestaciones derivadas de la relación laboral a aquellos trabajadores cuya situación frente a la empresa en liquidación se ve amenazada por una violación a sus derechos fundamentales, tales como mínimo vital, seguridad social y trabajo.

Ante dicha contingencia es necesario garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas en liquidación y por tanto debe imponerse a su liquidador la obligación de adelantar las gestiones tendientes al pago de las acreencias laborales, dentro de las cuales se encuentran los aportes a la seguridad social. Lo anterior por cuanto constituyen gastos de administración en el interior del trámite liquidatorio.[39]

Igualmente, es obligación del empleador asumir las prestaciones y reconocer los perjuicios a que haya lugar, en relación con el suministro de prestaciones médico asistenciales cuando se hayan dejado de realizar, oportunamente, los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; ya que, en dicho evento, son las E.P.S las obligadas a hacerse parte dentro del proceso liquidatorio con el fin de obtener el pago de las sumas adeudadas.[40]

5.6. Así mismo, en el marco del proceso de liquidación de una empresa prestadora de servicios de salud, se debe tener en cuenta que los créditos laborales en los cuales, clasifica la licencia de maternidad, pertenecen a la primera clase de créditos de que trata el artículo 2495 del Código Civil[41] y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás. “Los créditos de primera clase afectan a todos los bienes del deudor y no se transfieren a terceros poseedores. Estos créditos tienen preferencia sobre todos los demás, las

acreencias se pagan en el mismo orden de numeración en que aparecen incluidas en el artículo 2495 del Código Civil, cualquiera que sea la fecha del crédito y, si existen varios créditos dentro de una misma categoría, se cancelan a prorrata si los bienes del deudor no son suficientes para pagarlos íntegramente”[42].

De modo que el pago de los créditos de carácter laboral guarda prelación sobre las demás obligaciones, incluso sobre aquellas otras que el Código Civil califica como de primer grado[43].

Lo anterior, en concordancia con el artículo 11 del Convenio 95 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado el 7 de junio de 1963, que señala:

“1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.//2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.//3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes”[44].

En efecto, lo expuesto se refuerza con lo expresado en las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo, lo cual es concordante con lo previsto en los artículos 157, 61 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo[45], de lo cual se destaca para esta oportunidad la licencia de maternidad, que tiene la característica de ser un derecho laboral legal, un derecho fundamental constitucional y un derecho humano y por tanto, de orden prevalente, ya que la sustracción de su pago amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y del niño.

Por lo tanto para su pago efectivo no es necesario la exigencia de una autorización administrativa o judicial quedando sujeta simplemente a las reglas del concurso o liquidación empresarial y las obligaciones derivadas de su finalización.

6. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad.
Reiteración de jurisprudencia

6.1. “En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios[46]. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable[47].

De esta manera, la Corte ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos:

(i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento[48]; y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo[49].

6.2. Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida[50].

6.3. En los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, 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 urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos[51].

6.4. Así mismo, la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención[52].

6.5. Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. 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[53], más aun cuando 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.

7. Requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

7.1. Los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, 1804 de 1999 y 47 de 2000, así como la jurisprudencia constitucional, han determinado los requisitos legales en relación con la obligación que tienen las EPS de pagar la licencia de maternidad, a las afiliadas que hayan dado a luz a su hijo:

(i) Que haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación[54].

Jurisprudencialmente esta Corporación ha señalado que el incumplimiento de tal requisito no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que es deber del juez constitucional verificar las circunstancias individuales de cada caso, como por el ejemplo: que se hubieren efectuados cotizaciones razonables al sistema general de seguridad social en salud. Si existe una vulneración del mínimo vital, en sede de tutela, debe propenderse hacia la protección de los derechos fundamentales de la madre como del recién nacido[55].

(i) Que se hayan pagado al sistema de seguridad social en salud, cotizaciones por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho[56].

La Corte Constitucional ha establecido[57], 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[58].

(ii) En relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el período de gestación, “la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. [59] Así, “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 más 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” [60].

(iii) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica.

(iv) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede no negar el pago de la licencia [61].

8. Funciones y obligaciones del FOSYGA respecto al pago de licencias de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

8.1. Según los artículos 218 de la Ley 100 de 1993 [62] y 1° del Decreto 1283 de 1996 [63], el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. De acuerdo a lo establecido en el artículo 207 de la misma Ley, el FOSYGA tiene dentro de sus funciones el pago de las licencias de maternidad. Dice la norma en comentario:

De lo anterior se infiere que, por disposición legal, el FOSYGA es el obligado a cubrir la prestación por licencias de maternidad y por lo tanto debe transferir a las EPS, que actúan como simples intermediarios para su reconocimiento, los dineros que éstas finalmente giren a sus afiliadas, “siempre que se cumplan con los requisitos del régimen o que exista por vía judicial una inaplicación de las disposiciones sobre la materia”[64]. Esta obligación es desarrollada por el FOSYGA a través del proceso de compensación definido y regulado por el Decreto 2280 de 2004[65]. El artículo 2° de esa norma define la compensación en los siguientes términos:

“[Es]el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del FOSYGA y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor”.

8.2. Por último, es pertinente precisar que esta Corporación ha señalado que en el reconocimiento y pago de las licencias por maternidad no se aplica lo establecido en Ley 1122 de 2007[66] y en la sentencia C - 463 de 2008[67], “pues en virtud del artículo 207 de la Ley 100 de 1993 existe norma específica que regula la materia, y además se trata de un supuesto diferente porque la prestación que se reconoce por ésta licencia no es una exclusión del Plan Obligatorio de Salud”[68].

9. Conclusiones y solución de los casos concretos

10. Análisis de la procedencia de las acciones de tutelas

10.1. De manera previa a la resolución del problema jurídico planteado, encuentra la Sala

que en el presente caso se acreditan los requisitos que permiten la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, por las siguientes razones:

10.2. Esta Sala de Revisión observa, en primer lugar, que las presentes acciones tuitivas cumple con el presupuesto de subsidiariedad, pues si bien existen otros medios de defensa, los mismos no resultan idóneos. 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[69], 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.

10.3. Ahora bien, por lo que concierne al requisito de inmediatez, esta Sala estima que se cumple, toda vez que las solicitudes de reconocimiento y pago de las licencias de maternidad a través de las tutelas, se llevaron a cabo dentro del término señalado por la jurisprudencia, el cual, como se indicó en precedencia, debe ser inferior a un año.

Lo anterior, por cuanto, (i) para el caso de Fabiana Correa Arias, se observa que su niño, nació el 31 de enero de 2015, y la presentación de la acción de tutela fue radicada el 26 de octubre de 2015, y, (ii) para el caso de Bibiana Gómez Otálvaro, se observa que el parto de su niño, fue el 02 de mayo de 2015, y la presentación de la acción de tutela se dio el 20 de enero de 2016.

Es decir, en ambos casos, se interpuso el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento.

10.4. Así mismo, se halla probado en el expediente que las accionantes se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

(i) Fabiana Correa Arias a Golden Group S.A. E.P.S., desde el 12 de septiembre de 2011 y posteriormente fue trasladada desde el 01 de febrero de 2015 a la E.P.S. Salud Vida S.A.

(ii) Bibiana Gómez Otálvaro fue afiliada desde el 13 de octubre de 2005 a Salud

Total EPS, luego, a Saludcoop E.P.S. y su última entidad prestadora de salud es Cafesalud E.P.S., registra un ingreso base de cotización de \$644.350[70], es decir, sus ingresos corresponden a un salario mínimo legal.

10.5. Luego, siguiendo las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, en materia de licencia de maternidad, para no hacer dicha carga gravosa para las peticionarias, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños; e independiente, si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, bajo el entendido de que al no contar con el pago del salario ni tampoco con el reconocimiento de la licencia de maternidad se ha afectado la subsistencia tanto de las madres como de los recién nacidos, lo cual, como bien se señaló en las consideraciones, debe ser presumido por el juez de tutela, correspondiéndole a la entidad demandada desvirtuar tal presunción de afectación del derecho al mínimo vital y a la vida digna recayendo sobre ésta la carga de la prueba.

10.6. En el presente caso las entidades accionadas, no desvirtuaron la anterior presunción, luego, en virtud de los preceptos constitucionales, los tratados, convenios internacionales y la legislación interna, debe propenderse hacia la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños en sujeción al fuero de maternidad que se orienta a la plena observancia de los principios constitucionales esenciales, reconociéndose a la maternidad como un derecho humano.

10.7. Se corroboró en el informe presentado por el FOSYGA[71], por Saludcoop E.P.S. – En liquidación[72], y Visión Estratégica Legal[73] que para ambos casos fueron efectuadas todas las cotizaciones de Ley al sistema de seguridad social en salud.

Establecida la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, pasa la Sala a dar solución a los problemas jurídicos planteados en esta oportunidad.

11. Análisis concreto del expediente T-5493393

11.1. En el presente caso la demandante Fabiana Correa Arias informó que la entidad accionada, le negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, bajo el

argumento de encontrarse en proceso de liquidación, vulnerándole los derechos a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital de ella y de su hijo recién nacido.

11.2. La entidad accionada, señaló que, como respuesta a la solicitud de pago de la licencia de maternidad interpuesta por la actora, a esta le fue notificada, mediante correo electrónico, la Resolución 0015 de 01 de abril de 2015, por medio de la cual el Agente Especial Liquidador de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo Golden Group S.A. E.P.S. – Liquidada, determinó, graduó y calificó las acreencias presentadas de manera extemporánea al proceso liquidatorio y, se estableció que la prestación de la actora equivale a un monto de \$1.870.000, oo., pero que la solicitud fue presentada de forma extemporánea por lo cual fue rechazada.

11.3. Expresamente enlistaron como causales de rechazo de la solicitud de pago de la licencia de maternidad de Fabiana Correa Arias, las siguientes:

- “(1.12): Se rechaza por tratarse de una reclamación que por su naturaleza y/o fecha de causación debe tomarse como un gasto propio de la liquidación. Dentro de esta categoría quedan comprendidas acreencias tales como los tributos sobre inmuebles o muebles de propiedad de la entidad o el cobro de servicios públicos domiciliarios y cuotas de administración correspondientes a inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, atendiendo a que en estos casos es necesario adelantar las acciones tendientes a la conservación de los activos de la entidad en liquidación para proceder a su realización pronta y oportuna”.
- “(1.35): La reclamación presentada no está sujeta al trámite propio de la liquidación por hacer referencia a obligaciones que no están sujetas a calificación”.

11.4. La accionada afirma que contra la Resolución 0015 de 01 de abril de 2015, no fue presentado recurso alguno.

11.5. A Golden Group S.A. E.P.S., le declararon la configuración del desequilibrio financiero del proceso liquidatorio mediante la Resolución N° 00294 del 15 de mayo de 2015, y mediante la Resolución N° 00312 de 15 de julio de 2015, fue declarada la terminación de la existencia legal de entidad, esta última fue inscrita el 12 de agosto de 2015 en registro de Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

11.6. Precisamente, con fundamento en la declaración de la terminación de la existencia legal de Golde Group S.A. E.P.S., el 28 de diciembre de 2015, el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta denegó el amparo, afirmando como argumento principal que lo pretendido por la actora se escapaba de la órbita del juez constitucional, justamente porque la entidad prestadora del servicio de salud ya no existe.

11.7. Ahora bien, de conformidad con los derroteros jurisprudenciales antes referidos sobre los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se constató, sin refutación, que Fabiana Correa Arias, como trabajadora dependiente de la empresa Visión Estratégica Legal, fue afiliada en calidad de cotizante a Golde Group S.A. E.P.S.

11.8. Por consiguiente, debe la Sala comprobar el tiempo de cotización en semanas al sistema de salud por parte de la afiliada, en comparación con su gestación, y determinar cuál es el número de semanas no cotizadas al sistema para efectos de la aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre la materia.

11.9. Obra como prueba dentro del expediente, el reporte detallado allegado por el FOSYGA, en el cual se relacionan los períodos compensados a Golden Group S.A. E.P.S.

11.10. Destaca la Sala que de conformidad con la legislación en materia de salud, se entiende por afiliados compensados aquellos que realizan efectivamente el pago en el período y, por tanto, corresponden a las unidades de pago por capitación (UPC) efectivamente reconocidas por la Subcuenta de Compensación del FOSYGA.

11.11. Del análisis detallado en el acápite de pruebas decretadas por esta Corporación, se concluyó que fueron cotizados al sistema de seguridad social en salud un total de 1.579 días, los cuales equivalen a 226 semanas.

11.12. El hijo de Fabiana Correa Arias, nació el 31 de enero de 2015, por lo tanto, el período de gestación corresponde a los meses de abril a diciembre del año 2014.

11.13. Del total de 226 semanas, corresponden al período continuo de gestación 39 semanas, es decir, los 9 meses anteriores a la fecha del parto, los cuales fueron debidamente compensados a Golden Group S.A. E.P.S., es decir, que fueron cotizadas la totalidad de semanas continuas requeridas para obtener el derecho al pago de la licencia de

maternidad.

11.14. Demostrado como se encuentra que la actora tiene derecho al pago total de su licencia de maternidad, consecuentemente debe ser revocado el fallo dictado el 28 de diciembre de 2015 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, que había denegado el amparo.

11.15. En cuanto al argumento sostenido por el juez de instancia, sobre la imposibilidad de conceder el amparo porque la entidad prestadora del servicio de salud ya no existe, ello constituye un claro desconocimiento a la doctrina constitucional y a los principios que rigen el sistema general de seguridad social, que establecen que las cotizaciones que realizan los afiliados, son para la integralidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme a los principios de universalidad y solidaridad consagrados por la Ley 100 de 1993, no para una determinada EPS.

En este sentido, la suerte que corran las entidades prestadoras de salud, no puede servir como excusa para denegar la prestación de los servicios, pues los obligados no son agentes individualmente considerados, sino lo es el sistema como un todo.

Así, si una EPS es liquidada como en el caso bajo estudio, corresponde, como en efecto se hizo, el traslado de los usuarios, manteniendo incólumes todos sus derechos y los mecanismos para la exigibilidad de los mismos, sin perjuicio de que el responsable inicial, la EPS liquidada, ya no lo sea, sino que su responsabilidad sea trasladada a otra EPS (receptora), o bien deba ser asumida por el FOSYGA, conforme a los criterios de utilización y distribución de sus recursos, asignados a la Subcuentas de Compensación siempre y cuando éstas cumplan con el lleno de los requisitos.

El Fondo de Solidaridad y Garantía es el encargado de asumir los valores de la licencia de maternidad, las EPS simplemente son delegatarias de dicho pago y es finalmente ese fondo el que asume su costo.

Por lo anterior, es evidente que es al sistema de salud al que le corresponde cubrir las prestaciones por licencia de maternidad de las madres afiliadas al régimen contributivo, que se generen con ocasión del nacimiento de un niño.

11.16. Por lo anterior, tampoco es válido lo alegado por Salud Vida E.P.S., entidad que afirmó que el inicio de la licencia de maternidad, fue anterior a la entrada en vigencia de la afiliación de la actora a la misma, como EPS (receptora), que operó a partir del 01 de febrero de 2015, por cuanto, es evidente que es al Sistema General de Seguridad Social en Salud al que le corresponde cubrir las prestaciones por licencia de maternidad que se generen con la ocasión del nacimiento de un niño cuya madre se encuentra afiliada al régimen contributivo.

11.17. Por todo lo expuesto, serán tutelados los derechos de Fabiana Correa Arias y de su hijo a la vida digna, la seguridad social y al mínimo vital; en tal virtud, y teniendo en cuenta que Golden Group S.A. E.P.S., actualmente se encuentra liquidada, y como quiera que la obligación del pago de las licencias de maternidad está a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social, se ordenará a la entidad donde en este momento se encuentra afiliada la actora, es decir, la E.P.S. Salud Vida S.A., que por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad, debida a la afiliada.

11.18. Así mismo, se le otorga a la E.P.S. Salud Vida S.A la facultad de recobro ante el Administrador Fiduciario del Fosyga y el Ministerio de la Protección Social, a fin de que se compense la licencia de maternidad cuando esta hubiere sido pagada por la E.P.S. Salud Vida S.A. a Fabiana Correa Arias, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial adicional que lo autorice.

12.1. En el presente caso la demandante Bibiana Gómez Otálvaro informó que la entidad accionada, le negó el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, con el argumento de que no cumplía con el tiempo mínimo de cotización para acceder a dicho reconocimiento, vulnerándole los derechos a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital de ella y de su hijo recién nacido.

12.2. Su empleador Asesorías Gestión Empresarial, informó que desde la fecha de ingreso de la actora por contrato de trabajo el 7 de mayo de 2014, han venido realizando de forma continua todas las cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social, por lo que consideran que la negación al pago de la licencia de maternidad por parte de Cafesalud

E.P.S., constituye una vulneración a los derechos fundamentales de la afiliada.

12.3. Fueron allegados al expediente los certificados de semanas cotizadas a salud, en los cuales se especifica que del 9 de agosto de 2014 al 2 de mayo de 2015, período que corresponde al tiempo de gestación de la afiliada, la misma cuenta con un total de 39 semanas de cotización ininterrumpidas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de los cuales el mes de agosto de 2014 fue cotizado a Cafesalud E.P.S., y los meses subsiguientes del periodo de gestación fueron cotizados a Saludcoop E.P.S. – En liquidación.

Por su parte, Saludcoop E.P.S. – En liquidación, en respuesta al requerimiento de pruebas hecho por esta Corporación, informó que a partir del 1 de diciembre de 2015, los usuarios afiliados a Saludcoop fueron reasignados a Cafesalud E.P.S., y que por consiguiente, después de esa fecha, la E.P.S. receptora, debe asumir la prestación de los servicios de salud y adelantar cualquier trámite administrativo al que haya lugar.

12.4. Ahora bien, de conformidad con los derroteros jurisprudenciales antes referidos sobre los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se constató, sin refutación, que Bibiana Gómez Otálvaro, como trabajadora dependiente de la empresa Asesorías Gestión Empresarial, fue afiliada, en calidad de cotizante, a Saludcoop E.P.S. – En liquidación y posteriormente fue trasladada a Cafesalud E.P.S., siendo esta última entidad a la que actualmente se encuentra afiliada.

12.5. Por consiguiente, debe la Sala comprobar el tiempo de cotización en semanas al sistema de salud por parte de la afiliada, en comparación con su gestación, y determinar cuál es el número de semanas no cotizadas al sistema para efectos de la aplicación de las reglas jurisprudenciales sobre la materia.

12.6. Obra como prueba dentro del expediente, el reporte detallado allegado por el FOSYGA y la certificación expedida por Saludcoop E.P.S. – En liquidación, documentales en las cuales están relacionados los períodos cotizados y debidamente compensados.

12.7. Del análisis detallado en el acápite de pruebas decretadas por esta Corporación, se concluyó que la actora tiene cotizados al sistema de seguridad social en salud un total de 1.369 días, los cuales son equivalentes a 196 semanas.

12.8. El hijo de Bibiana Gómez Otálvaro, nació el 02 de mayo de 2015, por lo tanto, el período de gestación corresponde a los meses de agosto a diciembre del año 2014 y los meses de enero a abril de año 2015.

12.9. Del total de 196 semanas, corresponden al período continuo de gestación 39 semanas, es decir, los 9 meses anteriores a la fecha del parto, los cuales fueron debidamente compensados a Saludcoop E.P.S. – En liquidación, es decir, que fueron cotizadas la totalidad de semanas continuas requeridas para obtener el derecho al pago de la licencia de maternidad.

12.10. Demostrado como se encuentra que la actora tiene derecho al pago total de su licencia de maternidad, consecuentemente, debe ser revocado el fallo dictado 2 de febrero de 2016, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira, que había denegado el amparo.

12.11. En cuanto al argumento sostenido por el juez de instancia, en el que afirmó que la actora debió realizar su reclamación dentro del proceso liquidatorio de Saludcoop E.P.S., para que la misma, fuera incluida en el listado de créditos por pagar. Es necesario afirmar que le asiste parcialmente la razón al a-quo, por cuanto, en este caso es muy probable que el proceso liquidatorio se haya constituido en una barrera de acceso al pago efectivo de la licencia de maternidad, en primer lugar, porque la actora, después de haber cumplido con todos los requisitos de Ley para acceder al pago de la licencia de maternidad, realizó la solicitud correspondiente ante Cafesalud E.P.S. (receptora), seguidamente, elevó la misma solicitud el 3 de julio de 2015, ante Saludcoop E.P.S. – En liquidación, sin embargo, han transcurrido hasta la fecha, 15 meses, y la entidad en proceso de liquidación no ha dado respuesta alguna, lo cual denota que probablemente el liquidador le está dando un tratamiento a la solicitud, como si se tratara de una acreencia cualquiera, sometiéndola, en virtud de la Ley, a trámites, procedimientos y recursos engorrosos, tal vez adecuados para un trámite concursal, sin las particularidades que el examinado reviste, frente al cual la demora, configura una clara vulneración de los derechos a la vida digna, la seguridad social y al mínimo vital de ella y de su niño.

La posición de la jurisprudencia sobre el establecimiento de barreras de acceso para la realización de los derechos relativos al sistema de seguridad social apunta a que los trámites internos de las entidades encargadas de la prestación del servicio no se

interpongan con las solicitudes de los usuarios para la realización de sus derechos fundamentales. En este caso, pareciera que en la práctica, el proceso liquidatorio, la sucesión de entidades y el traslado de los afiliados entre las EPS ha implicado la denegación de una prestación que asegura la realización de los derechos de los niños, en especial, su mínimo vital.

12.12. Por todo lo expuesto, serán tutelados los derechos de Bibiana Gómez Otálvaro y de su hijo a la vida digna, la seguridad social y al mínimo vital; en tal virtud, y teniendo en cuenta que la actora actualmente se encuentra afiliada a Cafesalud E.P.S., se le ordenará a esta última entidad que por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague el 100% de la prestación por licencia de maternidad, debida a la afiliada.

12.13. Teniendo en cuenta que el FOSYGA, en el informe allegado indicó que las cotizaciones realizadas fueron compensadas a Saludcoop E.P.S., y conforme a lo anteriormente expuesto, Cafesalud E.P.S., una vez haya efectuado el pago de la licencia de maternidad a Bibiana Gómez Otálvaro, podrá acudir al mecanismo legal de recobro, para que según el orden de prelación de créditos que en el cual, el liquidador de Saludcoop E.P.S., haya calificado este crédito, de acuerdo al trámite iniciado por la actora ante esta entidad en liquidación, proceda a efectuar el respectivo desembolso a favor de Cafesalud E.P.S.

V. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 28 de diciembre de 2015 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, dentro del proceso T-5493393 y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Fabiana Correa Arias a la vida digna, la seguridad social y al mínimo vital de ella y de su niño. En consecuencia, ORDENAR la E.P.S. Salud Vida S.A., que por conducto de su representante

legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague a la actora la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

SEGUNDO.- AUTORIZAR la E.P.S. Salud Vida S.A., para que ejerza la facultad de recobro ante el Administrador Fiduciario del Fosyga y el Ministerio de la Protección Social a fin de compensar la licencia de maternidad que haya sido pagada por la E.P.S. Salud Vida S.A., a Fabiana Correa Arias, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial adicional que lo autorice.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido 2 de febrero de 2016 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira, dentro del proceso T-5518263 y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la especial protección a la mujer y a la maternidad de Bibiana Gómez Otálvaro a la vida digna, la seguridad social y al mínimo vital de ella y de su niño. En consecuencia, ORDENAR a Cafesalud E.P.S., que por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, pague a la actora la totalidad de la licencia de maternidad correspondiente por el nacimiento de su hijo.

CUARTO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S. – En liquidación, que una vez Cafesalud E.P.S., haya efectuado el pago de la licencia de maternidad a Bibiana Gómez Otálvaro, según el orden de prelación de créditos en el cual, el liquidador haya calificado este crédito, proceda a efectuar el respectivo desembolso a favor de Cafesalud E.P.S.

QUINTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folio 6 del cuaderno principal de tutela.

[2] Folio 7 del cuaderno principal de tutela.

[3] Folio 8 del cuaderno principal de tutela.

[4] Folio 9 del cuaderno principal de tutela.

[5] Folios 10-11 del cuaderno principal de tutela.

[6] Folios 12-13 del cuaderno principal de tutela.

[7] Folios 19-53 del cuaderno principal de tutela.

[8] Folio 61 del cuaderno principal de tutela.

[9] Folios 99-103 del cuaderno principal de tutela.

[10] Folios 130-131 del cuaderno principal de tutela.

[11] Folios 174-178 del cuaderno principal de tutela.

[12] Folios 159-173 del cuaderno principal de tutela.

[13] Folios 152-158 del cuaderno principal de tutela.

[14] Folios 5-19 del cuaderno principal de tutela.

[15] Folios 20-21 del cuaderno principal de tutela.

[16] Folios 22-23 del cuaderno principal de tutela.

[17] Folio 24 del cuaderno principal de tutela.

[18] Folios 25-26 del cuaderno principal de tutela.

[19] Folio 27 del cuaderno principal de tutela.

[20] Folio 28 del cuaderno principal de tutela.

[21] Folio 29 del cuaderno principal de tutela.

[22] Folio 30 del cuaderno principal de tutela.

[24] Apartado 2) del Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[25] Apartado 3) del Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[26] Apartado 1) del Artículo 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[27] Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[28] Recomendación núm. 90, inciso c) del párrafo 6.

[29] Sentencia T-172 de 2011.

[30] Sobre la presunción de la vulneración del derecho al mínimo vital, ante la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad la Corte Constitucional se ha pronunciado entre otras en las sentencias T-091 de 2005; T-092, T-569, T-906 de 2006; T-758, T-778, T-893 de 2007; T-136 de 2008; T-261, T-526 de 2009; T-115 de 2010; T-172 de 2011 y T-1062 de 2012.

[31] T-1062 de 2012.

[32] Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2007. La Corte declaró exequibles las normas de la Ley 1116 de 2006 que excluyen del régimen de insolvencia allí regulado a las personas naturales que no tienen la calidad de comerciantes.

[33] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2010. La Corte declaró exequible el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, que ordena la terminación de los contratos laborales como consecuencia de la iniciación del proceso de liquidación judicial”.

[34] “ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios: 1. Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. // 2. Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. // 3. Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible. // 4. Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso. // 5. Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor. // 6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza. // 7. Gobernabilidad económica: Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial”.

[35] Sala Plena. Corte Constitucional. Sentencia C-527 de 2013. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 (parcial) de la Ley 1116 de 2006, “por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

[36] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f. PARTICIPACIÓN. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

PARÁGRAFO. La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.

[37] ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

<Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

3.4 Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia.

3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta Ley, dentro del Plan de Beneficios.

3.6 Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.

3.7 Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una

atención humanizada.

3.9 Eficiencia. Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

3.10 Participación social. Es la intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en conjunto.

3.11 Progresividad. Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios.

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la Ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

3.14 Transparencia. Las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.

3.15 Descentralización administrativa. En la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.

3.16 Complementariedad y concurrencia. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.17 Corresponsabilidad. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes

de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

3.18 Irrenunciabilidad. El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

3.19 Intersectorialidad. Es la acción conjunta y coordinada de los diferentes sectores y organizaciones que de manera directa o indirecta, en forma integrada y continua, afectan los determinantes y el estado de salud de la población.

3.21 Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

[38] Confróntese con la Sentencia C- 071 de 2010 que al respecto señaló: “La disolución de la persona jurídica privada que es objeto de liquidación, no puede constituirse en un espacio para el desconocimiento o la vulneración de los derechos de las personas que allí laboraban. Los derechos consagrados en los artículos 25 y 53 de la Constitución y el derecho al mínimo vital, hacen imperativo que el proceso liquidatorio sea respetuoso de los derechos de los trabajadores, particularmente en lo concerniente al reconocimiento de la prelación de los créditos de carácter laboral, sobre cualquier otra obligación”.

[39] Sentencias T-503 de 2002, T-051 de 2004, T-229 de 2005.

[40] Corte Constitucional sentencias T-167 de 2000 y SU-636 de 2006.

[41] ARTÍCULO 2495. <CRÉDITOS DE PRIMERA CLASE>. La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
2. Las expensas funerales necesarios del deudor difunto.
3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

4. <Numeral subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.

5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

<Texto derogado por el Artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, norma que rige a partir del 8 de mayo de 2007. Ver Legislación Anterior para el texto vigente hasta esta fecha>

El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.

[42] Ibídem. Sentencia C-092 de 2002.

[43] Sentencia C-071 de 2010.

[44] Artículo 11 del Convenio 95 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado el 7 de junio de 1963.

[45] Código Sustantivo del trabajo: (i).CAPÍTULO V. PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS POR SALARIOS. ARTÍCULO 157. PRELACIÓN DE CRÉDITOS POR SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES. <Artículo modificado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.//El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del {empleador}. //Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gatos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos. //Los créditos laborales podrán demostrarse por cualquier medio de prueba autorizado por la Ley y, cuando fuera necesario, producidos extra juicio con intervención del

juez laboral o del inspector de trabajo competentes. //PARÁGRAFO. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las Leyes vigentes. (ii) ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El contrato de trabajo termina: // a). Por muerte del trabajador; // b). Por mutuo consentimiento; // c). Por expiración del plazo fijo pactado; // d). Por terminación de la obra o labor contratada; //e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; //f). Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; // g). Por sentencia ejecutoriada; // h). Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley; // i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente. (iii) ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. // En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: // En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así: // a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales: // 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año. // 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción; // b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales. // 1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año. // 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción. // PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.

[46] Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

[47] Sentencia T-368 de 2009.

[48] Ídem.

[49] Sentencia T-475 de 2009.

[50] 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”.

[51] Sentencia T-728 de 2014.

[52] 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).

[53] T-139 de 1999.

[54] Decreto 47 de 2000, Art. 3, núm. 2.

[55] Recientemente en la Sentencia T-554 de 2012 y T-034 de 2007 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, esta Corte sostuvo: “(...)la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presume una vulneración del derecho a la vida”

[56] Decreto 1804 de 1999, Art. 21, núm. 1.

[57] Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-885 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

[58] La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador, también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-983 de 2006 (MP: Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy

Cabra).

[59] Sentencia T-049 de 2011 y T-368 de 2015.

[60] Ídem. Con base en el principio pro homine se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas.

[61] T-1014 de 2003.

[63] Decreto 1283 de 1996: “ARTICULO 1o. NATURALEZA DEL FONDO. El fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia”.

[64] Sentencia T-136 de 2008.

[65] Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.

[66] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[67] Sentencia C - 463 de 2008. La Corte declaró exequible el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, en el aparte que dispone “En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”, en el entendido de que “la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”.

[68] Ver Sentencia T-781 de 2008.

[69] T-139 de 1999.

[70] Folios 5 al 21 del cuaderno principal de la tutela rad. 5518263. IBC EPS, indicado en las planillas de cotización en salud de Bibiana Gómez Otálvaro.

[71] Folios 42-46 del segundo cuaderno de tutela T-54933393, Prueba recaudada en el trámite surtido en sede de revisión.

[72] Folios 48-50 del segundo cuaderno de tutela T-54933393. Prueba recaudada en el trámite surtido en sede de revisión.

[73] Folios 31-32 del segundo cuaderno de la tutela T-54933393. Prueba recaudada en el trámite surtido en sede de revisión.