

Sentencia T-475/09

LICENCIA DE MATERNIDAD-Reconocimiento y pago/ACCION DE TUTELA Y LICENCIA DE MATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia

LICENCIA DE MATERNIDAD-Requisitos legales para el reconocimiento y pago

LICENCIA DE MATERNIDAD-Inaplicación del período mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional

LICENCIA DE MATERNIDAD-Evolución jurisprudencial en relación con el pago completo o proporcional según las semanas cotizadas durante el periodo de gestación

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LA MADRE Y SU HIJO-Pago de licencia de maternidad proporcionalmente a las semanas cotizadas

Cabe precisar que las entidades prestadoras de salud a las cuales estaban afiliadas y cotizaron las accionantes durante la gestación son las obligadas a reconocerles y pagarles sus respectivas licencias de maternidad. Sin embargo, en virtud de que las dos accionantes dejaron de cotizar durante el embarazo por un tiempo superior a 10 semanas, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad debe ser proporcional al tiempo realmente cotizado, según la jurisprudencia constitucional precitada.

Referencia: expedientes T-2217167 y T-2247786.

Acciones de tutela interpuestas por las señoras Ana Isabel Sánchez Romero contra SaludCoop E.P.S. y Karina Ester Freyle Torres contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Octavo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Villavicencio (Expediente T-2217167) y por los Juzgados Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control y Garantías y Tercero Penal del Circuito de Santa Marta (Expediente T-2247786).

Mediante auto del treinta (30) de junio de 2009, esta Sala de Revisión decidió acumular los procesos de tutela radicados bajo los números T-2217167 y T-2247786, para ser fallados en la misma sentencia, atendiendo a la igualdad de materia que ostentan.

I. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2217167.

La señora Ana Isabel Sánchez Romero, actuando en nombre propio, expuso los siguientes:

1. Hechos.

Afirma que se encuentra afiliada como cotizante de la Entidad Promotora de Salud SaludCoop.

Indica que el 12 de agosto de 2008 dio a luz a su hijo y que como consecuencia de ello el médico le concedió una “incapacidad por licencia de maternidad” de 84 días.

Aduce que unos días después del parto se acercó a SaludCoop E.P.S. con el fin de obtener el pago de su licencia de maternidad, pero que la entidad demandada negó su solicitud argumentando que “por ser inferior el tiempo de cotización no tenía derecho al pago”.

Finalmente, manifiesta que es madre soltera, cabeza de familia, que vive con sus dos hijos en un apartamento arrendado y que no se encuentra laborando porque el cuidado de su hijo recién nacido le ocupa la mayor parte de su tiempo. Agrega que la ayuda económica que le brinda el padre de los menores no es suficiente para cubrir todos los gastos que genera su cuidado.

Por lo anterior, solicita el amparo de su derecho fundamental al “mínimo vital de la madre trabajadora y del recién nacido”.

2. Traslado y contestación de la demanda.

Avocado el conocimiento de la tutela, el juez de instancia ofició a la entidad demandada para que en el término de dos días se pronunciara con relación a los hechos y pretensiones expuestos en la demanda. La accionada guardó silencio.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio, en fallo del 16 de septiembre de 2008, decidió tutelar a favor de la accionante los derechos fundamentales que consideró vulnerados por SaludCoop E.P.S. y, en consecuencia, le ordenó a ésta última pagarle la licencia de maternidad a la actora. Sostiene el despacho que por regla general el derecho al pago oportuno de las licencias de maternidad debe reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, pero que, sin embargo, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela es procedente para solicitar dicho pago siempre que se vulnere el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y/o hijo recién nacido, y que “se presume tal afectación dentro del año siguiente al nacimiento, cuando la madre devenga un salario mínimo o cuando su salario es su única fuente de ingreso”.

Considera que en el caso bajo análisis se reúnen las exigencias señaladas por la jurisprudencia constitucional para el pago de la licencia de maternidad, como quiera que (i) solo transcurrieron 22 días entre el parto y la fecha en la cual se interpuso la acción de tutela, es decir, que no transcurrió un tiempo superior a un año como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional y (ii) de las pruebas recaudadas queda demostrada la existencia de un perjuicio irremediable, ya

que la señora Ana Isabel Sánchez Romero, en su condición de madre cabeza de familia, no cuenta con otros ingresos que le permitan costear su sostenimiento y el de su menor hijo.

2. Impugnación.

La decisión del Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio fue impugnada por SaludCoop E.P.S para que se revocara y, de no hacerlo, se dispusiera expresamente en la parte resolutive de la sentencia inaplicar el artículo segundo de la Resolución 2949 de 2003 del Ministerio de Protección Social y ordenar al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) -Ministerio de Protección Social-, con cargo a la subcuenta de compensación del régimen contributivo, pagar a SaludCoop E.P.S. los gastos que se generen por el pago de la licencia de maternidad a la accionante, sin tener derecho a ello, a fin de salvaguardar el equilibrio financiero no sólo del sistema sino el de la misma E.P.S.

En su memorial de impugnación la entidad demandada manifiesta que, conforme a la Resolución 5261 de 1994[1], hay procedimientos a los que no tienen derecho los usuarios del sistema por no cumplir con los requisitos legalmente establecidos. Con fundamento en lo anterior sostiene que los costos en que incurra SaludCoop E.P.S. en el pago de la licencia de maternidad a la señora Ana Isabel Sánchez Romero sin el lleno de los requisitos exigidos, “pues sus malos hábitos de pago no le permitieron tener el mínimo de semanas cotizadas requeridas para obtener derecho a la licencia”, hace que se configure en cabeza de SaludCoop E.P.S. el derecho legítimo de repetir contra el Ministerio de Salud a través del mecanismo de recobro, para lo cual se requiere el reconocimiento por parte del juez de tutela.

3. Segunda Instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, en sentencia del 3 de diciembre de 2008, resolvió revocar el fallo de primera instancia, por considerar que está demostrado que la demandante se encuentra afiliada en calidad de cotizante a SaludCoop E.P.S. y que para el momento del parto, conforme a las pruebas documentales allegadas en el expediente, tan sólo aparece acreditado el pago de los meses de junio, julio y agosto de 2008, no cumpliéndose de esta forma con los requisitos exigidos por el Decreto 806 de 1998, ni con lo señalado por la jurisprudencia constitucional “en relación con dicho decreto, y el 047 de 2000, que establecen una serie de requisitos y periodos mínimos de cotización que deberá cumplir la trabajadora para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliada, para el caso haber cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el cual se causa el derecho”.

4. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

- Copia del Certificado de “nacido vivo” del hijo de la actora, donde consta que la fecha de nacimiento fue el día 12 de agosto de 2008 (folio 3).
- Copia del certificado de licencia, de fecha 12 de agosto de 2008, expedido por el doctor Gabriel Fernando Cruz Marroquín, adscrito a la Clínica El Bosque (folio 1).
- Copia del comprobante de pago planilla única de fecha 7 de julio de 2008, donde consta que la señora Ana Sánchez canceló por concepto de salud el periodo de cotización correspondiente a julio de 2008 y que la Empresa Prestadora de Salud para esa fecha era SaludCoop (folio 2).
- Copia del recibo de pago número 52920 donde consta que la señora Ana Isabel Sánchez Romero canceló por concepto de salud el periodo de cotización correspondiente a junio

- de 2008 y que la Empresa Prestadora de Salud para esa fecha era SaludCoop (folio 4).
- Copia del recibo de pago número 52920 donde consta que la señora Ana Isabel Sánchez Romero canceló por concepto de salud el periodo de cotización correspondiente a agosto de 2008 y que la Empresa Prestadora de Salud para esa fecha era SaludCoop (folio 4).

III. ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE T-2247786.

La señora Karina Ester Freyle Torres, actuando por intermedio de apoderado, expuso los siguientes:

1. Hechos.

1. Sostiene que es trabajadora independiente y que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en salud con la empresa Salud Total E.P.S.
2. Indica que el 18 de febrero de 2008 dio a luz a su menor hijo en la Clínica el Prado de Santa Marta.
3. Expone que le fue concedida una licencia de maternidad por un término de 84 días, del 18 de febrero al 11 de mayo de 2008, que Salud Total E.P.S., aplicando el Decreto 047 de 2000, se negó a reconocer.
4. Informa que, debido a su convalecencia, no ha podido trabajar y que no está percibiendo ingreso alguno para su propia manutención y la de su menor hijo.
5. Agrega que realizó los pagos correspondientes a salud a la empresa Salud Total E.P.S. y que esa entidad aceptó dichos pagos.

Con fundamento en los hechos enumerados, considera que se le están vulnerando sus derechos fundamentales “a la vida, vida digna, mínimo vital, salud, protección especial al menor, seguridad social e igualdad”. Razón por la cual solicita (i) la protección de sus derechos fundamentales; (ii) **se ordene a Salud Total E.P.S. el reconocimiento de su licencia de maternidad** dentro de las 48 horas siguientes a la emisión de la providencia que conceda el amparo y (iii) **inaplicar por vía de excepción, con fundamento en los artículos 4, 11, 43 y 44 de la Constitución, los Decretos 1804 de 1999, 806 de 1998 y 047 de 2000.**

2. Traslado y contestación de la demanda.

La Gerente y Representante Judicial de Salud Total E.P.S. dio respuesta a la acción de amparo y adujo que la accionante se afilió al Sistema General de Seguridad Social en salud a través de Salud Total, en calidad de trabajadora independiente, el 17 de octubre de 2007, y que contaba con 52 semanas cotizadas al sistema.

En cuanto al pago de la licencia de maternidad señaló que Salud Total lo encontró improcedente por las siguientes razones: (i) la accionante no cotizó de manera completa e ininterrumpida al Sistema de Salud durante todo su periodo de gestación, tan sólo cotizó 5 meses, incumpliendo de esta forma con uno de los requisitos establecidos por la normatividad legal vigente para el reconocimiento de dicha prestación (artículo 3, numeral 2 del Decreto 47 de 2000; (ii) el reconocimiento que haga el Sistema General de Seguridad Social en salud depende de la observancia de los requisitos establecidos por las normas que regulan la licencia de maternidad y su desconocimiento no puede ser alegado como excusa; (iii) en el evento en que las entidades promotoras de salud procedan

a reconocer y cancelar licencias de maternidad sin que las afiliadas hubiesen cumplido con los requisitos establecidos por la ley, “resultaría plenamente probada la indebida destinación de recursos públicos (...), toda vez que éstas se estarían reconociendo y pagando con recursos públicos del Fondo de Solidaridad y Garantía”; (iv) el derecho a la vida y/o mínimo vital de la actora no se encuentran en peligro, pues transcurrieron más de 8 meses desde la causación del derecho a la prestación económica por concepto de su licencia de maternidad hasta la interposición de la acción de tutela, por lo que se está en presencia de un hecho superado; y (v) como los derechos fundamentales de la actora no se encuentran en peligro, la accionante debió acudir a los procedimientos ordinarios con el fin de obtener una solución a su petición.

Por lo anterior, solicitó denegar la presente acción de tutela contra Salud Total E.P.S.

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN EN ESTE CASO.

1. Primera Instancia.

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2008, denegó la protección constitucional solicitada, por considerar que no existe prueba en el expediente que demuestre la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Karina Ester Freyle Torres o de la causación de un perjuicio irremediable, “en consideración al paso del tiempo”. Para el a-quo, la solicitud es inoportuna toda vez que transcurrieron 8 meses desde el nacimiento del hijo de la accionante, sin que ella hubiese reclamado a la E.P.S. el pago de la licencia de maternidad “y el término para solicitar por vía de tutela la cancelación de la misma, a criterio del despacho, es un evento del cual se desprende ausencia de vulneración al mínimo vital, salud, o cualquier otro que pueda ser invocado por la actora”.

2. Impugnación.

El 10 de noviembre de 2008, inconforme con el fallo de primera instancia, la accionante interpuso recurso de apelación. Puntualiza que el despacho judicial no le dio una aplicación o interpretación adecuada a la jurisprudencia, ya que la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que el pago de la prestación económica de la licencia de maternidad puede ser planteada ante los jueces de tutela durante el primer año de vida del menor y que solamente vencido este periodo no se podrá presumir la afectación del mínimo vital.

Por otra parte, indica que la afirmación hecha por el juez al señalar que no se cumplió con el requisito de tiempo de cotización es parcialmente cierta, pues ella cotizó durante varios años y que solamente en el año 2007 se atrasó tres meses, razón por la cual Coomeva le generó una nueva afiliación. Afirma que, aunque interrumpió las cotizaciones durante su periodo de gestación, ello no es causal para que se niegue su petición, ya que la Corte Constitucional ha precisado que en estos casos la licencia “se tiene que conceder de manera proporcional a los meses cotizados por la gestante”.

3. Segunda Instancia.

Mediante sentencia del 16 de enero de 2009, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta confirmó el fallo recurrido al considerar que no están acreditados los requisitos mínimos para la procedencia excepcional del amparo invocado, ya que la accionante se afilió el 1 de enero de 2008 hasta el evento del parto ocurrido el 23 de enero del mismo año, lo que significa que a esa fecha solo habían transcurrido un poco más de 23 días, es decir, que no cotizó durante todo el periodo de gestación como lo establece la normatividad vigente.

Por último, sostiene que la solicitud es inoportuna, toda vez que transcurrieron 8 meses desde el nacimiento del menor sin que la actora hubiese “reclamado con antelación ante la EPS”.

4. Pruebas relevantes que obran dentro de este expediente.

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Karina Ester Freyle Torres (folio 7).
- Copia del certificado de incapacidad por maternidad número 4205942 expedido por Salud Total E.P.S. (folio 8)
- Copia del certificado de incapacidad expedido por la Clínica el Prado de Santa Marta el 18 de febrero de 2008 (folio 9).
- Copia de la epicrisis de la señora Karina E. Freyle expedido por la Clínica el Prado de Santa Marta con fecha de ingreso del 18 de febrero de 2008 y de egreso del 19 del mismo mes y año (folio 10).
- Copia del registro civil de nacimiento de María José Echeverría Freyle (folio 11).

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en 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 señoras Ana Isabel Sánchez Romero y Karina Ester Freyle Torres, al negarles el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, argumentando que por ser inferior el tiempo de cotización no tienen derecho a dicho pago.

Para resolver el anterior problema jurídico estima la Sala preciso reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad; (ii) el fundamento constitucional y legal del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; (iii) los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; (iv) la inaplicación de las normas legales sobre periodo mínimo de cotización, como mecanismo de protección constitucional; (v) las funciones y obligaciones del FOSYGA respecto al pago de licencias de maternidad. Con fundamento en lo anterior, (vi) la Sala procederá al análisis de los casos concretos para determinar si se debe conceder o no la protección invocada.

3. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de la prestación económica derivada

de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario (artículo 86 Superior) que procede para la protección de derechos fundamentales, siempre y cuando no existan otros medios de defensa judicial idóneos, o cuando existiendo éstos, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.1. El pago y reconocimiento de la licencia de maternidad, como prestación económica, en principio compete a los jueces ordinarios en materia laboral o contencioso administrativa[2]. No obstante lo anterior, la Corte ha reconocido que la acción ordinaria no es, en términos generales, el mecanismo idóneo para reclamar la protección del mínimo vital, tanto de la madre como del niño(a) que acaba de nacer, vulnerado por la omisión en el pago de la licencia de maternidad, pues dicha acción no tienen la agilidad que exige el amparo de los derechos fundamentales de estos dos sujetos de especial protección constitucional[3]. En este sentido la Corte, en Sentencia T-231 de 2009, expuso:

“De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario que procede cuando no existen otros medios judiciales de defensa; sin embargo, hay excepciones definidas por la jurisprudencia que permiten que el amparo proceda en el caso, por ejemplo, de solicitud para el reconocimiento y pago de licencia de maternidad, dependiendo del caso concreto y el cumplimiento de los requisitos, siempre que se vulnere el derecho al mínimo vital de la madre gestante, pues ante tal situación no existe en el ordenamiento jurídico un medio de defensa judicial idóneo, al que puedan acudir las usuarias del sistema de salud que demandan el pago de la prestación y el reconocimiento de sus derechos”.

En este orden de ideas, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad cuando se vulnere o amenace el mínimo vital y por esa vía otros derechos constitucionales fundamentales[4].

3.2. La Corte Constitucional, en Sentencia T-664 de 2002, sostuvo que la licencia de maternidad hace parte del mínimo vital tanto de la madre como del menor y está ligada al derecho a la subsistencia, pues ésta equivaldría al salario que devengaría la madre si no hubiese tenido que interrumpir su vida laboral a consecuencia del parto y durante el periodo de lactancia. Al respecto sostuvo:

“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”[5].

A partir de la anterior sentencia se desarrolló en la jurisprudencia constitucional una doctrina sobre la presunción en relación con la vulneración del mínimo vital en los casos en que (i) la mujer devengue un salario mínimo y (ii) el salario sea su única fuente de ingresos[6]. En virtud de esa presunción le corresponde al empleador o a la E.P.S demostrar que el no pago de la licencia de maternidad no afecta la subsistencia de la madre y del menor[7].

Así mismo, en Sentencia T-136 de 2008, la Sala Sexta de Revisión amplió el ámbito de aplicación de la presunción en comento, indicando que (i) en principio la accionante en sede tutela que reclama el pago de la licencia de maternidad tiene la carga de aportar las pruebas que permitan demostrar la vulneración del derecho al mínimo vital; sin embargo, para no hacer esa carga gravosa, “el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad” y (ii) al interponer la acción de tutela la peticionaria está solicitando la protección de un derecho conculcado y al mismo tiempo está afirmando que dicho derecho ha sido afectado, por lo que no es necesario exigir que con la presentación de la demanda la peticionaria manifieste expresamente la violación al mínimo vital, “pues la 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”.

En conclusión, la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad es procedente porque (i) no existe otro medio judicial idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales de la madre gestante y (ii) el no pago de la licencia de maternidad hace que se presuma la afectación del mínimo vital de la madre y del hijo recién nacido[8].

3.3. El último aspecto relevante relacionado con la posibilidad de solicitar el pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela hace referencia al término dentro del cual ésta debe ser presentada. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha señalado que la accionante debe interponer el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento del menor[9].

4. Fundamento constitucional y legal del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El derecho internacional ha establecido que es obligación de los Estados la especial protección de las mujeres durante el embarazo y en el periodo posterior al parto. Estas exigencias están consagradas, entre otros, en los Convenios número 3 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.2. La Constitución de 1991, siguiendo la línea protectora trazada por las normas internacionales y en desarrollo de lo establecido en los artículos 1 y 13, dispone en su artículo 43 que la mujer “[d]urante 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”.

En igual sentido, el artículo 53 superior establece como uno de los principios fundamentales en materia laboral la protección especial de la mujer y a la maternidad.

4.3. Por su parte, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, establece a favor de la madre y de su hijo recién nacido una prestación económica denominada licencia de maternidad. Dispone la norma en comento:

“Descanso remunerado en la época del parto: 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso”.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral”, en su artículo 162 establece que el Plan Obligatorio de Salud “permitirá la protección integral de las familias a la maternidad”. Y el artículo 207 de la misma ley señala que las Entidades Promotoras de Salud pueden hacer el recobro de las sumas pagadas por concepto de licencias de maternidad a sus afiliadas ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía[10].

4.4. En suma, el Estado colombiano, según la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, debe garantizar a las madres e hijos recién nacidos la debida asistencia y protección durante el embarazo y el periodo posterior al parto[11]. Esta obligación se materializa a través de las normas que consagran y regulan la licencia de maternidad, la cual permite una protección de doble vía, ya que busca no sólo la recuperación física de la mujer, sino también que ella cuente durante ese periodo con los recursos económicos necesarios para satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su menor hijo[12].

5. Requisitos legales para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Inaplicación del periodo mínimo de cotización como mecanismo de protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El Decreto 806 de 1998[13] señala algunos de los parámetros que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la licencia de maternidad, a saber: (i) si el empleador incurre en mora en el pago de los aportes deberá cancelar directamente a la empleada la licencia de maternidad (artículo 8 y 80); (ii) la mujer debe haber cotizado, como mínimo, durante todo el período de gestación (artículo 63); (iii) el ingreso base de cotización durante la licencia de maternidad se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica (artículo 70)[14].

Por su parte, el Decreto 1804 de 1999[15], fija los siguientes requisitos: “(i) haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores (artículo 21[16]); (ii) que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho (artículo 21); (iii) no tener deudas pendientes con EPS o IPS (artículo 21[17]); (iv) cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será este el que deberá asumir su pago (artículo 21); (v) las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad (artículo 21); (vi) se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades (artículo 21[18])”[19].

Asimismo el Decreto 47 de 2000[20], establece el período mínimo de cotización al sistema de salud para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Indica la norma:

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

(...)

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

5.2. De lo anterior se concluye que uno de los requisitos que se deben cumplir para que las Entidades Promotoras de Salud reconozcan y paguen la licencia de maternidad es que la mujer haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación. Inicialmente este requisito fue aplicado de forma estricta por esta Corporación, negando las acciones de tutela en los casos en que la madre no había cotizado durante todo el embarazo[21].

Posteriormente la Corte, con fundamento en la calidad de sujetos de especial protección constitucional que tienen la mujer en estado de gravidez y el niño(a) recién nacido, modificó dicha postura y aclaró que tal requisito no se puede aplicar de manera absoluta en todos los casos, pues “la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”[22]. En consecuencia, mediante sentencias proferidas en sede de tutela, esta Corporación ha inaplicado esas disposiciones legales y ordenado el pago de la licencia de maternidad aún cuando no se haya cotizado a la E. P. S. durante todo el embarazo.

Ahora bien, en un principio se adoptaron distintas posturas relacionadas con los periodos de cotización necesarios para poder tener acceso a la licencia de maternidad y la proporción que se debía cancelar de ésta[23]. Sin embargo, desde la Sentencia T- 206 de 2007 la Corte precisó su posición haciendo una diferenciación “entre aquellos eventos en los cuales el periodo en el cual no se encontraba acreditada la cotización era superior a dos meses y aquellos en los cuales era inferior a dicho lapso, para en los primeros, ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad mientras que en los segundos, el pago debería efectuarse en forma completa”[24].

5.3. Más recientemente, en la Sentencia T-1223 de 2008, la Sala Segunda de Revisión sentó las siguientes subreglas sobre la procedibilidad de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad cuando la madre no cotiza durante todo el periodo de gestación y el pago completo o proporcional de dicha prestación:

(i) El requisito legal que establece que la madre debe haber cotizado ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad en Salud, no debe “tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no [puede] realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (...). Así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido”.

(ii) El pago de la licencia de maternidad debe ser total o parcial, dependiendo del tiempo que se dejó de cotizar; de esta forma, “si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar mas de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.

(iii) Con fundamento en el principio pro homine se debe aplicar “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”.

6. Funciones y obligaciones del FOSYGA respecto al pago de licencias de maternidad.

Reiteración de jurisprudencia.

Según los artículos 218 de la Ley 100 de 1993[25] y 1° del Decreto 1283 de 1996[26], 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 las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC”.

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”[27]. Esta obligación es desarrollada por el FOSYGA a través del proceso de compensación definido y regulado por el Decreto 2280 de 2004[28]. 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”.

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[29] y en la sentencia C - 463 de 2008[30], “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”[31].

7. Análisis de los casos concretos.

Como se ha visto, el problema jurídico a resolver en los dos casos planteados es el mismo y consiste en determinar si SaludCoop E.P.S. y Salud Total E.P.S. han vulnerado los derechos fundamentales a las señoras Ana Isabel Sánchez Romero y Karina Ester Freyle Torres, respectivamente, por negarles el reconocimiento y pago de sus correspondientes licencias de maternidad con el argumento de que el tiempo que realmente cotizaron en salud fue inferior al que exigen las normas legales aplicables.

7.1. Sobre el particular se constata que la señora Ana Isabel Sánchez Romero interpuso la presente acción de tutela el 3 de septiembre de 2008 y que la misma accionante sostiene que dio a luz a su hijo el 12 de agosto del mismo año. Hecho este que está corroborado con el certificado de “nacido vivo”, expedido por el Ministerio de protección Social[32]. Queda así demostrado que la accionante solicitó el pago de la licencia de maternidad dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Por otra parte, la señora Ana Isabel Sánchez Romero sostiene en la acción de tutela que ha estado afiliada en salud a SaludCoop E.P.S., entidad esta que le negó el pago de la licencia de maternidad aduciendo que el tiempo cotizado es inferior al que ordena la ley. Como pruebas de tales afirmaciones acompaña copias de las cotizaciones correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2008, realizadas a SaludCoop EP.S., y certificación de la misma entidad relativa a la incapacidad por maternidad durante 84 días, en la cual consta igualmente que la gestación duró 39 semanas.

Además, en la información básica del FOSYGA[33] consta que la afiliada a SaludCoop E.P.S. Ana Isabel Sánchez Romero cotizó 26 semanas en el tiempo comprendido entre los meses de noviembre de 2007 y agosto de 2008, que es el periodo de gestación. Es decir, que en ese mismo lapso dejó de cotizar 12 semanas. De acuerdo con este resultado se concluye que la accionante no cotizó durante todo el periodo de gestación y que, por consiguiente, no cumple todos los requisitos exigidos por los artículos 21 del Decreto 1804 de 1999 y 3 del Decreto 47 de 2000 para tener derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

No obstante lo anterior, Ana Isabel Sánchez Romero afirma también en la acción de tutela que es madre soltera con 2 hijos menores de edad, cabeza de familia, que paga arrendamiento por la vivienda y que trabaja independientemente en oficios varios[34]. Aunque no aclara cuánto dinero devengaba, sí dice que carece de lo necesario para el sostenimiento propio y de sus hijos, pese a que recibe aporte del padre de ellos. Agrega que su situación económica es tan precaria que el mínimo vital de los tres está siendo afectado, sobre todo porque no ha podido trabajar, pues se ha visto obligada a dedicarle el 90% de su tiempo al cuidado del niño recién nacido[35]. La veracidad de estas afirmaciones encuentran respaldo en la certificación relativa a la incapacidad por licencia de maternidad, en la cual consta que está clasificada en el nivel salarial 1[36].

7.2. Por su parte, el apoderado de la señora Karina Ester Freyle Torres interpuso la acción de tutela el 26 de septiembre de 2008 y en la misma sostiene que su defendida dio a luz a su hijo el 18 de febrero del mismo año. Hecho éste último que está respaldado con la copia de la epicrisis expedida por la Clínica el Prado de Santa Marta[37] y con la copia del registro civil de nacimiento de la niña María José Echeverría Freyle[38]. Esto quiere decir que la acción de tutela se interpuso dentro del año siguiente al nacimiento del hijo.

En la acción de tutela se afirma igualmente que la señora Karina Ester Freyle Torres ha estado afiliada en salud a Salud Total E.P.S., como trabajadora independiente, y que esa entidad le negó el pago de la licencia de maternidad. Anexa certificado médico que fija 84 días de incapacidad por maternidad desde el 18 de febrero hasta el 11 de mayo de 2008[39] y copia de la epicrisis de la Clínica el Prado de Santa Marta que señala un periodo de gestación de 38 semanas[40]. Según estos documentos, se concluye que el embarazo duró de mayo de 2007 a febrero de 2008.

Ahora bien, la representante legal de Salud Total E.P.S. contestó la acción de tutela oponiéndose a ella, entre otras razones porque la señora Karina Ester Freyle Torres no cotizó en salud durante todo el periodo del embarazo, como lo exige el artículo 3 del Decreto 47 de 2000, sino solamente

los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, enero y febrero de 2008, por lo cual considera que no tiene derecho a percibir el pago de la licencia de maternidad[41].

Es evidente que, de acuerdo con lo dispuesto en esta norma y en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, y con el hecho cierto de que solamente cotizó en salud 5 meses durante el periodo de gestación, la accionante no tendría derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Sin embargo, la acción de tutela dice que la señora Karina Ester Freyle Torres es trabajadora independiente, que no está recibiendo ninguna remuneración durante la convalecencia del parto para su propio sostenimiento y el de su menor hija, razón por la cual el no pago de la licencia de maternidad por Salud Total está afectando su derecho al mínimo vital, entre otros.

7.3. Se trata entonces de dos madres que son trabajadoras independientes y que carecen de recursos económicos suficientes para la subsistencia propia y de sus hijos recién nacidos, a quienes las entidades prestadoras de salud a las cuales estaban afiliadas les negaron el reconocimiento y pago de sus licencias de maternidad porque no cotizaron en salud durante todo el periodo de gestación. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que se ha reseñado en esta providencia, se presume la vulneración del derecho al mínimo vital de ellas y de sus menores hijos, presunción que no ha sido desvirtuada en ninguno de los dos casos que se analizan, máxime cuando SaludCoop E.P.S. ni siquiera contestó la acción de tutela.

Si se tiene en cuenta, como ya se anotó, que las accionantes interpusieron sus respectivas acciones de tutela dentro del año subsiguiente al nacimiento de los hijos, surge la evidente conclusión de que dichas acciones son procedentes para proteger el derecho fundamental del mínimo vital, que guarda estrecha relación con el derecho a la especial protección y asistencia que el Estado debe prestar a la mujer lactante, según lo dispuesto en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política; y con los derechos fundamentales de los niños, especialmente los menores de un año de edad, consagrados en los artículos 44 y 50 de la Constitución, normas superiores estas que deben aplicarse en estos dos casos de manera directa frente a los mencionados artículos 21 del Decreto 1804 de 1999 y 3 del Decreto 47 de 2000, por ser incompatibles con aquellos, según lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución.

Cabe precisar que las entidades prestadoras de salud a las cuales estaban afiliadas y cotizaron las accionantes durante la gestación son las obligadas a reconocerles y pagarles sus respectivas licencias de maternidad. Sin embargo, en virtud de que las dos accionantes dejaron de cotizar durante el embarazo por un tiempo superior a 10 semanas, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad debe ser proporcional al tiempo realmente cotizado, según la jurisprudencia constitucional precitada.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, el 3 de diciembre de 2008, que negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Ana Isabel Sánchez Romero, y CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio, el 16 de septiembre de 2008, con las

precisiones hechas en esta providencia.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, de fecha 5 de noviembre de 2008, que negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Karina Ester Freyle Torres; e igualmente la sentencia emitida en el mismo caso por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, de fecha 16 de enero de 2009, por medio de la cual se confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar, **CONCEDER**, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad de la señora Karina Ester Freyle Torres y de su hija recién nacida María José Echeverría Freyle.

TERCERO.- ORDENAR a SaludCoop E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar a la señora Ana Isabel Sánchez Romero su licencia de maternidad de modo proporcional a las semanas efectivamente cotizadas respecto de su período de gestación con fundamento en el monto que servía de base de cotización al momento del nacimiento de su hijo, pudiendo repetir por dicha suma contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

CUARTO.- ORDENAR a Salud Total E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar a la señora Karina Ester Freyle Torres su licencia de maternidad de modo proporcional a las semanas efectivamente cotizadas respecto de su período de gestación con fundamento en el monto que servía de base de cotización al momento del nacimiento de su hija, pudiendo repetir por dicha suma contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[2] Sentencia T-127 de 2009.

[3] T-139 de 1999, T-530 de 2007, T-136 de 2008, T-127 de 2009 y T-231 de 2009.

[4] Ver entre otras las Sentencias T-568 de 1996, T-270 de 1997, T-104 de 1999, T-139 de 1999, T-210 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999, T-258 de 2000, T-467 de 2000, T-1168 de 2000, T-736 de 2001, T-1002 de 2001, T-707 de 2002, T-906 de 2006, T-1223 de 2008, T-127 de 2009, T-231 de 2009, T-261 de 2009 y T-365 de 2009.

[5] En este sentido se pueden consultar las sentencias T-101 de 2002, reiterada por la sentencia T-118 de 2003.

[6] Ver T-365 de 1999, T-210 de 1999, T-1081 de 2000, T-241 de 2000, T-158 de 2001, T-707 de 2002, T-1013 de 2002, T-641 de 2004, T-947 de 2005, T-520 de 2006, T-906 de 2006 y T-127 de 2009.

[7] T-127 de 2009.

[8] Sentencia T-231 de 2009.

[9] Sentencias T-999 de 2003, T-1014 de 2003, T-1155 de 2003, T-605 de 2004, T-640 de 2004, T-665 de 2004, T-778 de 2004, T-1058 de 2006, T-1223 de 2008, T-127 de 2009, T-231 de 2009, T-261 de 2009 y T-365 de 2009.

entre otras.

[10] Sentencia T-127 de 2009.

[11] Sentencia T-817 de 2007.

[12] Sentencia T-204 de 2008.

[13] Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

[14] Sentencia T-1223 de 2008.

[15] Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

[16] Decreto 1804 de 1999: "Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: ? 1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. ? Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. ? Esta disposición comenzará a regir a partir del 1o. de abril del año 2000. (...)"

[17] Decreto 1804 de 1999: "Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora. ? Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema. ? En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias. (...)"

[18] Decreto 1804 de 1999: "Artículo 21. Reconocimiento y pago de licencias. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas: (...) 3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al sistema. ? 4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. ? Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes."

[19] Sentencia T-1223 de 2008.

[20] Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

[21] Sentencia T-127 de 2009.

[22] Sentencia T-204 de 2008.

[23] Sentencia T-127 de 2009.

[24] Sentencia T-127 de 2009.

[25] La norma en cita dispone: "Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por 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. ? El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos".

[26] 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".

[27] Sentencia T-136 de 2008.

[28] 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.

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

[30] 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".

[31] Ver Sentencia T-781 de 2008.

[32] Folio 3.

[33] Este dato se encuentra consignado en la página de internet del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-. URL: http://www.fosyga.gov.co/fisalud/CGI/ut_consulta_hac_det.asp.

[34] Folios 5 y 7.

[35] Folio 7.

[36] Folio 1.

[37] Folio 10.

[38] Folio 11.

[39] Folio 9.

[40] Folio 10.

[41] Folios 1 a 32.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

