COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/335/09

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/335/09
Expediente	—
Fecha	2008-06-06
Sala	Sala Primera de Revisión
Magistrado ponente	Dr JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Recursos de reposición y/o apelación contra acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para al agotamiento de la vía gubernativa, el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, dispone

Texto completo

T-335-09 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-335/09 ACCION DE TUTELA- Subsidiariedad LICENCIA DE MATERNIDAD- Reglas jurisprudenciales para reconocimiento por tutela ACCION DE TUTELA -Interposición de los recursos de reposición y/o apelación contra acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela Con respecto al agotamiento de la vía gubernativa, el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, dispone que "… No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela…".

En este sentido, afirma pertinentemente la doctrina, que la acción de tutela por su naturaleza jurídica es una acción autónoma, independiente y singular que posee vida propia. En consecuencia, la interposición de los recursos de reposición y/o apelación contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela.

LICENCIA DE MATERNIDAD- Pago por allanamiento a la mora por EPS DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD- Deber de garantizarlo LICENCIA DE MATERNIDAD DE MADRES COMUNITARIAS- Pago por tutela Referencia: expediente T-2182102 Acción de tutela instaurada por Sandra Milena Lizarazo Avendaño contra el Instituto de Seguros Sociales y la NUEVA EPS.

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2.009). La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MARIA VICTORIA CALLE CORREA, LUIS ERNESTO VARGAS y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA dentro del trámite de revisión del fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, sala de decisión de familia, dentro de la acción de tutela promovida por

la ciudadana SANDRA MILENA LIZARAZO AVENDAÑO contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS- y la NUEVA EPS.

I. ANTECEDENTES. 1. Hechos. El 31 de octubre de 2008, la ciudadana Sandra Milena Lizarazo Avendaño, instauró acción de tutela contra la empresa promotora de salud –EPS- del Instituto de Seguros Sociales –ISS- Seccional de Norte de Santander y la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social, con fundamento en los siguientes hechos:

1.1. La señora Sandra Milena Lizarazo Avendaño, está afiliada a la E.P.S. del ISS, ahora NUEVA EPS, desde el mes de marzo del año 2005, y viene cotizando como madre comunitaria de Bienestar Familiar.

1.2. El diez (10) de marzo de dos mil ocho (2008) dio a luz a su hija YEIMI JULIANA CASTRO LIZARAZO en la Clínica de la Empresa Social del Estado –ESE- FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, antigua clínica del ISS, y fue atendida en todos sus controles prenatales, lo cual dice que se prueba con el certificado de incapacidad o licencia de maternidad SERIE L 28786, el cual obra en el expediente y tiene fecha marzo 11 de 2008.

1.3. El seis (6) de junio de dos mil ocho (2008), a los ochenta y cuatro (84) días de licencia, radicó ante la EPS del ISS, el certificado de incapacidad con los requisitos exigidos por el departamento de prestaciones, sin recibir ninguna objeción por parte de los funcionarios encargados de recibir y revisar la documentación.

1.4. El seis (6) de octubre de dos mil ocho (2008), cuatro (4) meses después de haber radicado los documentos, se le notificó que la incapacidad había sido negada por cuanto los períodos 06, 07, 08 y 09 de 2007 y 01 y 02 de 2008, fueron cancelados fuera de fecha.

1.5. Aclara que las madres comunitarias por hacer parte de una Asociación bajo un número patronal, cancelan mes vencido, al igual que todas las empresas. Agrega que la EPS del ISS, jamás requirió a la asociación por mora, al punto de habérsele suministrado los servicios solicitados y en ningún momento haber salido en el sistema con servicios negados.

1.6. Anotó que la EPS del ISS, después de haber manifestado públicamente, que solo funcionaría hasta el 31 de Julio de 2008, esperó cuatro (4) meses para notificar la incapacidad y que después manifestó a través de su gerente, que a partir del 1° de agosto de 2008, el ISS no podía atender requerimientos judiciales, por no contar con recursos técnicos, ni económicos para su cumplimiento y que por disposiciones del nivel nacional, el reconocimiento y pago de licencias de maternidad, debería ser asumido por la NUEVA EPS, sin tener en cuenta que las respuestas de negación las seguía generando el ISS.

1.7. Manifiesta que es madre de escasos recursos, sin ninguna otra alternativa económica, que trabaja porque requiere un salario, y que en su caso la licencia de maternidad es el recurso económico con el que cuenta para solventar sus necesidades, habiendo tenido que solicitar préstamos en espera de que le saliera el auxilio, motivo por el cual el ente demandado le ha ocasionado un perjuicio irremediable en detrimento del mínimo vital.

1.8. Finalmente afirma que su reclamación se generó antes del 1° de Agosto de 2008 y que según el Decreto 055 de 2007 expedido por el Ministerio de la Protección Social y sus modificatorios, y el documento CONPES 3456, solo a partir de tal fecha, la NUEVA EPS puede asumir la continuidad en el aseguramiento, prestación del servicio de salud y pago de prestaciones económicas de los afiliados a la EPS del ISS, razón por la cual este último no puede escudarse en esos fundamentos y debe reconocer la incapacidad que reclama la accionante.

1.9. Que se le ha afectado su mínimo vital, pues no ha recibido salario ni pago de incapacidad durante los ochenta y cuatro (84) días de licencia, más el tiempo que se demoró en responder la EPS.

2. Solicitud de tutela. Por lo expuesto, la actora solicitó mediante acción de tutela repartida al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander, el día 31 de octubre de 2008, que se ordene al INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES y/o a la NUEVA EPS, el pago de la incapacidad por la licencia de maternidad expedida por un médico de la Empresa Social del Estado –ESE- Francisco de Paula Santander, antigua clínica del ISS.

3. Intervención de las partes demandadas. 3.1. La Nueva EPS. La NUEVA EPS S.A. contestó la acción de tutela mediante apoderado, manifestando que la entidad obligada a responder, es el ISS, toda vez que los hechos ocurrieron antes del 1 de agosto de 2008, fecha en que nació la NUEVA EPS. Solicitó decretar la nulidad de lo actuado por falta de competencia del juez de familia y rogó al juez continuar con el trámite de la tutela, únicamente contra el Instituto de Seguros Sociales y denegar la tutela contra esa entidad.

3.2. Seguro Social. El Seguro Social solicitó se denegara la tutela y se declarara su improcedencia, indicando que la entidad resolvió de fondo la petición de la actora, mediante acto administrativo N° SNS-PE-1655 de 2008 [1] , concediendo los recursos de reposición y apelación, agregando que con tal acto quedó superado el hecho que originó la acción.

En dicho acto, que consiste en un " Formato de Notificación Negación Prestaciones Económicas de EPS ", se lee lo siguiente: "Causales de negación:" " Los ciclos 2007- 06-07-08-09-2008- 01-02.. se cancelaron fuera de las fechas límites, decretos 1406 de 1999 y 1670 de 2007, están comprendidos en los seis últimos meses de la causación de la licencia y sin el pago de los intereses de mora causados, no pago de los ciclos 2007 10 por lo tanto presentaba mora con el sistema en el momento de la causación de la licencia, durante la misma y a la fecha de solicitud de reconocimiento decreto 1804 de 1999, resolución 6074 de 2006 ".

"Observaciones:" " Contra el presente acto proceden los recursos de reposición y apelación dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación ".

También anotó, que a partir del 1° de agosto de 2008, el ISS no podía atender los servicios de salud por haberle sido revocada la licencia de funcionamiento mediante los decretos 055 de 2007, 2713 de 2007 y 781 de 2008, circunstancia que fue comunicada mediante circular presidencial P-ISS 699 de 2008. Pidió que se excluyera de la acción de tutela, al Seguro Social, toda vez que la atención en salud y las prestaciones económicas derivadas de la misma serían asumidas por la NUEVA EPS. Finalmente dijo el demandado en su intervención, que la vía que tiene que seguir la accionante para hacer valer su pretensión es una acción laboral, teniendo en cuenta que lo que se reclama es " sólo un derecho prestacional y económico, y en el caso actual ya que no tiene las connotaciones que hacen de él un derecho tutelable …" 4.

Pruebas. Dentro del expediente se encuentran como pruebas relevantes las siguientes: 4.1. Fotocopia de " Relación de novedades Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual – Salud Informativo – No válido para prestaciones económicas " de Sandra Milena Lizarazo.

4.2. Fotocopia del formato de notificación de negación de prestaciones económicas de EPS. Acto administrativo N° SNS-PE-1655 de 2008. 4.3. Fotocopia de solicitud/relación para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas de EPS.

4.4. Fotocopia de formato de información de proveedores de bienes y servicios del Seguro Social. 4.5. Fotocopia de certificado de incapacidad o licencia por maternidad de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER Ministerio de la Protección Social.

4.6. Registro Civil de nacimiento de Yeimy Juliana Castro Lizarazo. El juzgado primero de familia de Cúcuta, ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

4.7. A la NUEVA EPS, enviar la relación de asuntos pendientes por resolver, recibidos de la EPS del ISS. 4.8. Al Instituto de Seguros Sociales, enviar la relación de asuntos pendientes por resolver, que fueron entregados a la NUEVA EPS, la

relación de pagos efectuados a la parte actora en los 9 meses anteriores al parto y la copia del acto administrativo N° SNS-PE-1653 de 2008.

El ISS mediante oficio N° SNS-PE-01921 de 12 de noviembre de 2008, allegó las siguientes pruebas: 4.9. Fotocopia de mensajes de correo electrónico de la entidad, en los que se imparten instrucciones de empalme con la NUEVA EPS.

4.10. Relación de pagos. 4.11. Fotocopia del acto administrativo N° SNS-PE-1653 de 2008, que corresponde a la prueba aportada por la parte actora y relacionada en el numeral 4.2 del presente escrito.

5. Decisiones objeto de revisión. 5.1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Primero de Familia de Cúcuta, mediante sentencia 19 de noviembre de 2008, tuteló los derechos de la parte actora, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, por considerar que fueron vulnerados por la EPS del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander.

Tuvo como fundamento la procedencia de la acción, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional [2] , según la cual, aunque el no pago de una licencia de incapacidad, constituye en principio un asunto de índole laboral, esta omisión también puede generar, la violación de derechos fundamentales como a su juicio ocurrió con los invocados por la parte actora.

5.2. Impugnación de fallo de tutela. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander, impugnó el fallo de tutela, con los mismos argumentos esgrimidos en la contestación del escrito.

5.3. Sentencia de segunda instancia. El dieciséis (16) de enero del año dos mil nueve (2009), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Decisión Civil de Familia- revocó la sentencia de primera instancia por encontrar improcedente la acción de tutela.

Tuvo como fundamento el argumento contrario al fallo de primera instancia, es decir, la improcedencia de la acción de tutela por haberse proferido acto administrativo por el Seguro Social, negando la solicitud de pago de la licencia de maternidad y haberse dejado constancia en el mismo de la procedencia de los recursos de reposición y de apelación; los cuales, dijo el fallo, a pesar de no haber sido aprovechados por la parte actora, le dejan otros medios judiciales para hacer valer sus derechos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Doce, mediante auto del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes, así como por haberse escogido por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala establecer si el Instituto de Seguros Sociales, puede negar el pago de la licencia de maternidad a la accionante, por haber cancelado fuera de las fechas límites algunos períodos comprendidos en los seis últimos meses anteriores a la causación de la licencia y si con esta conducta se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social o cualquier otro derecho fundamental; igualmente, si la acción de tutela resulta procedente para proteger el posible derecho vulnerado, toda vez que el pago de la licencia de maternidad o descanso remunerado en la época del parto, es un prestación laboral prevista en el artículo 34 de la ley 50 de 1990, el cual subrogó el artículo 236 del C.S.T.

Como consecuencia de lo anterior, determinar si la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Civil de Familia- de fecha 16 de enero de 2009, que revocó la proferida por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta que tutelaba el derecho, debe ser revocada o no.

Para resolver el problema jurídico, esta Sala va a reiterar lo que ha dicho la Corte Constitucional acerca de (1) la procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad, analizando si el agotamiento de la vía gubernativa es requisito de procedibilidad para acudir a la acción de tutela, (2) el allanamiento a la mora en el pago de aportes a la seguridad social y (3) la continuidad en la prestación del servicio de salud cuando se revoca la licencia de funcionamiento de una entidad.

2.1. Requisito de procedibilidad de la acción de tutela. La Constitución Política dispone en su artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario diseñado para la protección de los derechos fundamentales, como vía judicial residual y subsidiaria [3] , que garantiza una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuenta con algún otro mecanismo judicial idóneo de protección, o cuando existiendo éste, se deba acudir a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [4] .

Por esta razón, la acción de tutela no puede ser entendida como una instancia judicial apropiada para tramitar y decidir conflictos de orden legal, máxime cuando para este tipo de controversias el legislador ha dispuesto las herramientas, procedimientos y recursos legales pertinentes para ser tramitados ante las autoridades competentes.

No obstante, en tanto se caracteriza por su subsidiariedad , tal y como lo señala el artículo 86, inciso tercero de la Constitución Política, y se reproduce en el artículo 6 numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, no se excluye la posibilidad de que a través de la tutela se puedan dictar órdenes cuando las circunstancias especiales del caso así lo requieran, aún cuando se cuente con otros medios o recursos de defensa judicial.

Así, la acción de tutela procederá de manera excepcional en los siguientes eventos: i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.

ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela [5] .

Con relación al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional ha admitido por vía de excepción, la procedencia de la acción de tutela, previa ponderación de los hechos y circunstancias especiales de cada caso concreto, teniendo en cuenta que la mujer embarazada y su hijo gozan de especial protección del estado, no sólo en virtud de los artículos 43 y 44 de la Constitución Política, sino por haber ratificado innumerables tratados y convenios internacionales, los cuales, de acuerdo con el artículo 93 de la Carta integran el bloque de consitucionalidad y tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades de la República como para los particulares.

[6] Así por ejemplo, la sentencia T-094 de 2008, reiteró las reglas jurisprudenciales que se han sentado para que el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional, las cuales se resumen sucintamente de la siguiente manera:

i) Cuando se amenaza el mínimo vital de la madre, el cual se presume afectado cuando esta devenga un salario mínimo o cuando su salario es la única fuente de ingreso.

ii) La afectación del mínimo vital se prueba sin mayores formalidades y en su valoración se parte del principio de la buena fe. iii) El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se hace a través de las entidades promotoras de salud.

iv) El juez constitucional debe dar primacía al derecho sustancial y recordar que todo requerimiento que desconozca los derechos constitucionales de la madre desconoce la Carta Fundamental.

v) Cuando el empleador cancela de manera tardía las cotizaciones en salud y no ha sido requerido por la EPS demandada o su pago no ha sido rechazado, se entiende que ésta se allanó a la mora del empleador, y por lo tanto está obligada a pagar la licencia de maternidad [7] .

vi) El cumplimiento de esta prestación económica debe plantearse por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Puede concluirse entonces que por regla general, en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad. Con todo, y solo de manera excepcional, el amparo será procedente si el juez de tutela al analizar el caso concreto advierte fundamentalmente, que con el no pago de la licencia de maternidad se afecta el mínimo vital de la madre, dado que los derechos de esta y los de su hijo, están protegidos constitucionalmente por los artículos 43 y 44 de la Carta.

Con respecto al agotamiento de la vía gubernativa, el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, dispone que "… No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela…".

En este sentido, afirma pertinentemente la doctrina [8] , que la acción de tutela por su naturaleza jurídica es una acción autónoma, independiente y singular que posee vida propia. En consecuencia, la interposición de los recursos de reposición y/o apelación contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela.

2.2. Allanamiento a la mora en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social . La Corte Constitucional ha reconocido la tesis del allanamiento a la mora , fenómeno según el cual, en caso de que la entidad promotora de salud reciba los pagos extemporáneos, se allana a la mora y no puede oponer la misma para negarse a pagar la licencia de maternidad.

En sentencia T-1223 de 2008 [9] se reiteraron las reglas jurisprudenciales para el pago de la licencia de maternidad, cuando hay mora o no pago por parte del empleador.

En sentencia T-383 de 2006, la Corte expresó: " 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 no puede negar el pago de la licencia ".

En efecto, partiendo del principio de la buena fe, la Corte ha considerado que las EPS deberán reconocer y pagar la incapacidad por maternidad que a ella le sean reclamadas si obró de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplió el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo [10] .

Con base en lo anterior, la negativa de las EPS para hacer el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad por mora en el pago, constituiría una conducta contradictoria pues supondría alegar en su favor su propia negligencia en el cobro eficaz y oportuno de las cotizaciones, imponiendo al afiliado una carga desproporcionada que no le corresponde asumir [11] .

2.3. Continuidad en la prestación de la seguridad social en salud El traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra EPS, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, en el sentido de que "la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio

sea ininterrumpida, permanente y constante; y con ello, en aras de proteger los derechos fundamentales, el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo “permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.” [12] Por lo tanto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos, por considerar aplicable dicho principio, al pago de licencias de maternidad.

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 153, numeral 9° de la Ley 100 de 1993 y de la jurisprudencia constitucional, expidió el Decreto 055 de 2007 “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” en cuyo artículo 1° señala como objetivo el “establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud.

Igualmente aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional, y aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria.” De igual forma, el Decreto 055 de 2007 al hacer mención sobre los mecanismos de traslado excepcional de los afiliados dispone en su artículo 4°, numeral 3° que “Las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria.” Por ello, es que esta Corte ha sido enfática sobre el particular y ha establecido que “la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que le corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual” [13] .

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación de la EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS- y la creación de la Nueva EPS es importante hacer las siguientes precisiones.

Mediante resolución 028 de 2007, confirmada a su vez por la Resolución 263 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales [14] .

De otra parte, la Ley 790 de 2002, “ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República ”, prohibió la liquidación del ISS conforme se puede apreciar en el artículo 20 cuyo texto se transcribe a pie de página [15] .

Ante ello, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 371 de 2008, autorizó el funcionamiento de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. –NUEVA EPS- como Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entidad a la cual ordenó el traslado a prevención de los usuarios afiliados a la extinta EPS del ISS [16] .

En cumplimiento de lo anterior, la NUEVA EPS S.A. asumió la afiliación de los usuarios de la EPS del Instituto de Seguros Sociales –ISS- desde el primero (1) de agosto de dos mil ocho (2008).

3. Caso concreto . La actora, SANDRA MILENA LIZARAZO AVENDAÑO, encuentra vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y la seguridad social, por parte del ISS y/o la NUEVA EPS, dado que la solicitud

de pago de la licencia de maternidad presentada ante la EPS-ISS el 6 de junio de 2008, le fue negada por esta entidad el 6 de octubre de 2008, con el argumento de “haber sido cancelados unos períodos fuera de fecha”.

La actora es madre comunitaria de profesión y manifiesta que su mínimo vital ha sido afectado, por no tener ninguna otra alternativa económica de ingresos, ni haber recibido salario ni pago de la incapacidad, durante los 84 días de licencia, más el tiempo que se demoró en responder la EPS. La afirmación hecha por la actora no fue desvirtuada por el demandado.

Los hechos narrados se ajustan a las hipótesis previstas en los casos fallados por la Corte Constitucional, en que se ha protegido el derecho al mínimo vital, ordenando el pago de una incapacidad laboral, a pesar de existir una acción judicial específica para este fin.

La motivación del acto administrativo N° SNS-PE-1653 de 2008, mediante el cual se negó a la actora la solicitud de pago, no es admisible para esta Sala, puesto que la circunstancia de haber sido cancelados los períodos señalados fuera de fecha, solo sería admisible si la EPS-ISS hubiera rechazado el pago o hubiera requerido a la cotizante para hacerlo. De lo contrario, debe aplicarse la regla (v) establecida por la jurisprudencia de la Corte [17] y entender que la empresa prestadora de salud se allanó a la mora del empleador, en este caso, a la mora de la asociación de madres comunitarias con el número patronal correspondiente.

Las excusas de la EPS-ISS y la NUEVA EPS, en relación con la fecha y la persona que tiene la responsabilidad de hacer el pago, tampoco son de recibo para esta Sala. Lo anterior porque no solamente “ de acuerdo a las directivas e instrucciones de empalme”, según el fallo del A quo, es la EPS-ISS quien tiene la responsabilidad de pagar la licencia, sino más intensamente, por el principio de la continuidad en la prestación del servicio de salud y el doble carácter de este derecho: el derecho a la salud es un derecho constitucional y un servicio público de carácter esencial. La característica de este derecho no da lugar a la evasión de responsabilidades por parte de las entidades promotoras de salud.

Ahora bien, siendo evidente que la EPS del ISS es una entidad que por mandato legal no puede ser llamada a liquidación y teniendo en cuenta los preceptos citados en el numeral 2.3 sobre mecanismos de traslado excepcional de los afiliados, advierte la Sala que el amparo constitucional aquí solicitado habrá de concederse y la orden se impartirá contra la EPS del ISS.

Más aún, si tenemos en cuenta que la fecha de radicación de la incapacidad por parte de la actora [18] es anterior al 1 de agosto de 2008 y las instrucciones de empalme de la Vicepresidencia de la EPS ISS, sobre licencias e incapacidades [19] , según lo cual: “ Las solicitudes tanto de licencias como de incapacidades radicadas hasta el 31 de julio de 2008 en el ISS deben ser tramitadas por las áreas de Licencias e incapacidades de la EPS-ISS. Mediante el procedimiento establecido en su totalidad incluyendo las que tienen fecha de finalización posterior al 01 de agosto de 2008. Las Seccionales ISS deben realizar los planes de contingencias para incorporar software de Licencias e incapacidades de la EPS-ISS SINLISS las solicitudes pendientes y asi mismo proceder a gestionar las ya incluidas ”.

Por las consideraciones anteriores, esta Sala revocará el fallo de segunda instancia, tutelará los derechos vulnerados a la demandante y ordenará al Instituto de Seguros Sociales que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación del presente fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad de la actora.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 16 de enero de 2009, por medio de la cual se revocó la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2008, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta y se declaró improcedente la acción de tutela.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta el 19 de noviembre de 2008, mediante la cual se tutelaron los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, vulnerados por la EPS del INSTITUTO DE SERGURO SOCIAL, Seccional Norte de Santander.

TERCERO. ORDENAR a la EPS del Instituto de Seguro Social, Seccional Norte de Santander, que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, pague a la señora SANDRA MILENA LIZARAZO AVENDAÑO la licencia de maternidad a que tiene derecho, causada el 10 de marzo de 2008.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado Ponente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] El acto administrativo obra a folio 38 del expediente.

[2] Algunas de las sentencias citadas son: SU-111 de 1997, T-311 de 1996, T-094 de 2008 y T-662 de 1997. [3] Sentencias T-827 de 2003; T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

[4] Sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU–544 de 2001, T–1670 de 2000 y T-698 de 2004. [5] Sentencias: T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004 y T-1012 de 2003.

[6] Sentencias T-662 de 1997, T-694 de 1996, T-270 de 1997 y T-568 de 1996 [7] Sentencia T-206 de 2007 donde se reitera lo dicho por las sentencias T-983 de 2006, T-640 de 2004, T-838 de 2006 y T-727 de 2007.

[8] CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la acción de tutela, Editorial Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, Bogotá, 2001, pág 47.

[9] Ver también sentencias T-413 de 2004 y T-1059 de 2004. [10] Ver sentencia T-1059 de 2004 que a su vez remite a las sentencias , T-389, T-390, T-504, T-550, T551, T-584, T-640 y T-641 de 2004.

[11] Sentencia C-177 de 1998. [12] Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2005. [13] Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2005. [14] Por considerar que incumplía con el margen de solvencia necesario para proteger al grupo poblacional afiliado a dicha Entidad Promotora de Salud y, de esa manera, ponía en riesgo la prestación del servicio de salud con observancia de los principios de oportunidad, continuidad y calidad.

[15] Ley 790 de 2002. Artículo 20 . Entidades que no se suprimirán. En desarrollo del Programa de Renovación de la administración Pública el Gobierno Nacional no podrá suprimir, liquidar ni fusionar el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Instituto de Seguros Sociales (ISS), el INCI, el INSOR, el Instituto Caro y Cuervo ni la Corporación Nasa Kiwe, esta última hasta tanto no culmine la misión para la cual fue creada. Los ahorros realizados en el proceso de reestructuración de dichas entidades, serán destinados a una mayor cobertura de los servicios prestados por ellas.

Las entidades educativas que dependan del Ministerio de Educación serán descentralizadas y/o convertidas en entes autónomos. En tal caso, el Gobierno Nacional garantizará con recursos del presupuesto general de la nación distintos a los provenientes del sistema general de participaciones y transferencias, su viabilidad financiera.

[16] El traslado a prevención regulado inicialmente por el Decreto 055 de 2007, modificado parcialmente por el Decreto 2713 del mismo año y a su vez modificado parcialmente por el Decreto 781 de 2008, quedó regulado en los siguientes términos:

Artículo 4°: “PROCEDIMIENTO PARA LA AFILIACIÓN A PREVENCIÓN: Para el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención se seguirán las siguientes reglas:

1. (..) 2. (..) 3. El traslado a la Entidad Promotora de Salud receptora, se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la decisión que resuelva a qué Entidad se hace el traslado. (…) 4.

La Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria…" [17] Sentencia T-094 de 2008 sobre reglas de amparo constitucional al pago de la licencia de maternidad.

[18] La solicitud de pago de licencia fue radicado el 6 de junio de 2008. [19] Ver folios 58 y 59 del expediente.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 11 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.