



San Gil, Veintitrés (23) de Enero de Dos Mil Veintitrés (2023)

Sentencia No. 018 Radicado 2024-00007-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibídem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.972.763, actuando en nombre propio y de su menor hija I.C.A, en contra de la **NUEVA E.P.S.**, por la presunta transgresión de las garantías primarias a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital. Tramite al cual fue vinculado de manera oficiosa la empresa **PREVISOL S.A.S** identificada con Nit: 900807491-2, con ocasión de los facticos enarbolados en el libelo genitor.

I. ANTECEDENTES

La prenombrada ciudadana, promovió acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S., propendiendo por la protección de los Derechos Fundamentales a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital, con base en los siguientes,

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado, se contrae a lo siguiente:

Expuso que toda su vida ha sido usuaria de la NUEVA E.P.S., al ser menor de edad en calidad de beneficiaria de sus padres, y posterior a ello como de cotizante en razón de la vinculación laboral con diferentes empresas. En el año 2021, tras un periodo de estar desempleada, decidió emprender en solitario en campo del marketing digital y en redes sociales, por lo que reinició su cotización mediante la empresa PREVISOL SAS, en atención se le tornaba más económico.

Agregó que el pasado mes de febrero del 2023, nació su menor hija, impartíendosele una incapacidad laboral de 126 días; por lo que el día 28 de la misma calenda, radicó ante la entidad accionada la solicitud de pago aportando los documentos requeridos para este fin, sin embargo pasados tres (3) meses, consultó ante la NUEVA E.P.S., y ante PREVISOL S.A.S., el avance de su petición, quienes le emiten información confusa respecto de las causas de la falta de cancelación de la licencia de maternidad.

Posterior a ello, el 26 de julio del año anterior, elevó Derecho de Petición ante la empresa PREVISOL SAS, donde se les solicitó información precisa sobre el trámite sujeto de estudio, siendo esta atendida el pasado 30 de agosto de 2023 en los siguiente términos: *“que la incapacidad se encuentra negada argumentando que para la fecha no contaba con las semanas de gestación requeridas para tener derecho a obtener el reconocimiento económico por **LICENCIA DE MATERNIDAD**”*. En vista de anterior, el 30 de noviembre del mismo año, elevó escrito ante la NUEVA E.P.S., en aras de consultar sobre la cancelación de su licencia, el cual fue respondido de la siguiente manera: *“que la licencia fue rechazada, argumentando que la empresa PREVISOL SAS, no realizo los pagos de manera oportuna incumpliendo los tiempos establecidos para el pago de las cotizaciones y hace responsable al empleador para el reconocimiento de las prestaciones correspondientes a la incapacidad”*. Por lo que a la fecha, no ha percibido el pago a pretendido en este adjetivo.

Aportó como pruebas los siguientes documentos:

- Certificado de afiliación correspondiente a la señora SARAI ARDILA GUALDRÓN, a la NUEVA E.P.S.



- Derecho de petición remitido por parte de la accionante a PREVISOL S.A.S de fecha 26 de julio de 2023.
- Derecho de petición remitido por parte de la accionante a la NUEVA E.P.S, de fecha 30 de noviembre del año en curso.
- Certificado de licencia a favor de la señora SARAI ARDILA GUALDRÓN, suscrito por parte del Dr. NÉSTOR ENRIQUE MOTTA GÓMEZ.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor I.C.A.
- Respuesta Derecho de petición por parte de PREVISOL S.A.S, de fecha 30 de agosto de 2023.
- Respuesta derecho de petición por parte de la NUEVA E.P.S., de fecha 07 de diciembre de 2023.
- Formato de Transcripción de incapacidad o licencia de maternidad.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluyó, que lo pretendido por la accionante es que se tutelen sus Derechos Fundamentales a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital y los de su menor hija I.C.A., y en consecuencia se le ordene a la accionada que, en un término perentorio, reconozca y pague la Licencia de Maternidad expedida mediante certificado de incapacidad No. 403010000015919, emitida el pasado 7 de febrero de 2023, que comprende el periodo entre el día cinco (05) del mismo mes y año, hasta el diez (10) de junio de la propia calenda, esto es por el término de 126 días.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por correo electrónico, de la oficina de Apoyo Local, según acta de reparto virtual N° 5994 de fecha 10 de enero del año en curso, este Despacho admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho Constitucional de Defensa y Contradicción. En la misma providencia se dispuso la vinculación de la empresa PREVISOL S.A.S., con ocasión de los presupuestos facticos expuestos en el primario.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA y VINCULADA

NUEVA E.P.S.

Mediante correo electrónico fechado el 12 de enero de 2024, la señora KEYLA PATRICIA RODELO JARABA en su calidad de apoderada especial de la llamada, expuso que la accionante se encuentra en estado de activo desde el pasado 01 de junio de 2022 como cotizante, y actualmente como dependiente.

Expuso que el aportante no realizó la transcripción y la solicitud de pago de la licencia de maternidad pretendida en el sub judice, precisando que estos trámites son diferentes y deben ser realizados de manera autónoma. Aunado a ello, que la beneficiaria debe encontrarse al día la cancelación de sus aportes al Sistema de Seguridad Social, para la materialización del derecho.

Frente al particular expuso que para el periodo de gestación de la accionante, esta se encontraba cotizando en calidad de dependiente, debido a esto el reconocimiento de la licencia de maternidad en primera medida recae en cabeza de su empleador, y este debe acudir mediante el mecanismo de recobro ante la E.P.S. Sumado a ello, existen otros mecanismos de defensa judicial que permiten debatir las garantías que infiere como trasgredidas; más aún cuando lo pretendido son prerrogativas de orden económico. Con



base en todo lo anterior solicitó declarar la improcedencia del presente asunto, o en su defecto se le ordene al contratante realizar el desembolso correspondiente.

- Poder de representación de la NUEVA E.P.S., suscrito por la Dra. SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ, confiriendo poder a la Dra. KEYLA PATRICIA RODELO JARABA.

PREVISOL S.A.S

Pese a haber sido notificado en debida forma a los correos electrónicos contabilidadprevisolsas@gmail.com y previsolsas@hotmail.com, mediante oficio 071 del 10 de enero de 2024, obrando el correspondiente recibido de la misma fecha; no se presentó contestación alguna, por lo que se torna oportuno dar aplicación a los preceptos implícitos en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991, lo que trae como consecuencia que se tengan por ciertos los hechos de la solicitud de tutela y que se entre a resolver de plano “*Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.*”.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(...) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).



B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la accionante **SARAI ARDILA GUALDRON**, tiene legitimación por activa para incoar la presente acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S., toda vez que está asumiendo de manera directa y en representación de su menor hija I.C.A., la defensa de sus Derechos Fundamentales presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vemos que la presente tutela se dirigió en contra de la NUEVA E.P.S., a quien se le atribuye la presunta vulneración del derecho constitucional de la accionante y de su menor hija I.C.A.. En igual sentido, respecto de la vinculada PREVISOL S.A.S, conforme los presupuestos facticos expuestos por la E.P.S. accionada, puesto que la cotización al Sistema de Seguridad Social se realizó mediante esta empresa.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Se atiene a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la **NUEVA E.P.S.**, y/o la vinculada **PREVISOL S.A.S**, vulneraron las prerrogativas fundamentales a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital, de la accionante **SARAI ARDILA GUALDRÓN**, y de su menor hija I.C.A, al negarse a reconocer y pagar el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, que consta en Certificado de incapacidad No. 403010000015919, emitido el pasado 7 de febrero de 2023, que comprende el periodo entre el día cinco (05) del mismo mes y año, hasta el diez (10) de junio de la propia calenda, esto es por el término de 126 días, y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Considera pertinente el Despacho traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN**, de los cuales busca su protección y la de su menor hija, donde la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹ trató la procedencia de la Acción de Tutela para reclamar derechos prestacionales, como la licencia de Maternidad, pronunciándose de la siguiente manera:

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-278 del 17 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



“(…) ACCION DE TUTELA PARA EL PAGO DE LICENCIA DE MATERNIDAD-

Requisitos de procedencia

*Esta Corporación ha reconocido a la acción de tutela como el medio idóneo de defensa para reclamar el pago de una prestación económica como la licencia por maternidad, si se verifican o se tienen en cuenta dos aspectos relevantes: **primero, que la acción se interponga dentro del año siguiente al nacimiento y segundo, que se compruebe por cualquier medio la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.** Así mismo la Corte ha establecido que la licencia por maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo que se presume que su no pago vulnera el derecho a la vida digna. (...)” (Negrilla y subrayado del Despacho)*

En la misma sentencia traída a colación, a propósito de la naturaleza y finalidad, así como sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el máximo órgano de cierre constitucional, expresó:

“(…) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad

12. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto².

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital³.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido⁴.

En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento⁵.

13. Estos requisitos, según el artículo 1º de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017⁶ son los siguientes:

“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo

² Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

³ Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ En relación con el requisito de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, consultar Sentencia T-503 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones."



si fuere menor. 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

(...) 14. Además, el artículo 2.1.13.1 del **Decreto 780 del 6 de mayo del 2016**⁷ dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad. **El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la E.P.S. o EOC.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas: Primera. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. Segunda. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

15. Asimismo, a través de la **Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017**, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad⁸.

16. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras **dependientes**, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante **el 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.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras **independientes**, estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la E.P.S. y **el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento**. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza⁹.

Vulneración al debido proceso por parte de las Entidades Promotoras de Salud al exigir formalidades y requisitos no contemplados en el régimen legal vigente para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

⁷ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”

⁸ Consultar en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf

⁹ En torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y el otro es similar. Pues bien, la analogía exige que se establezca la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma. Al respecto ver sentencia T-960 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



17. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, dicho precepto permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio de conformidad con la ley. Por su parte, el artículo 49 Superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control.

18. Ahora bien, el artículo 84 de la Constitución Política precisa que cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio. A su vez, el artículo 29 Superior dispone que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones”, y que para resolver el alcance de los derechos de los ciudadanos deben observarse “las leyes preexistentes” y “la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Es precisamente este el fundamento del principio de legalidad, el cual protege a los ciudadanos de decisiones arbitrarias que se aparten de la voluntad del Legislador democráticamente elegido.

19. De conformidad con las disposiciones constitucionales mencionadas, las entidades particulares encargadas de la prestación de los servicios del Sistema de Seguridad Social, no pueden exigirle a las beneficiarias que pretenden el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente, porque implica imponer cargas excesivas a personas que dadas sus circunstancias, son sujetos de especial protección constitucional. En suma, la exigencia de requisitos y formalidades para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad, cuando los mismos no tienen un soporte previsto en la legislación nacional, conducen a una vulneración del derecho fundamental al debido proceso. (...).”

Así mismo, en reciente jurisprudencia¹⁰, el alto Órgano de cierre Constitucional, puntualizó sobre el tema en concreto, lo siguiente:

“(…) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad

1. El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “especial asistencia y protección del Estado” durante el embarazo y después del parto. En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad¹¹. Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo¹². La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer después del parto materializa los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución social, y los derechos a la vida digna y al mínimo vital de ella y su hijo¹³.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo o hija. Así, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-014 del 24 de enero de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. Este instrumento internacional fue ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

¹² La versión vigente de esta disposición es la prevista por la Ley 2114 de 2021, expedida el 29 de julio de 2021. No obstante, el período de licencia de maternidad de la accionante fueron las 18 semanas (126 días) transcurridas entre el 29 de diciembre y el 3 de mayo de 2021. Por lo tanto, la versión vigente del artículo 236 era la prevista en la Ley 1822 de 2017, que también contemplaba una duración de 18 semanas.

¹³ Sentencia T-603 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento.

La interrupción de cotizaciones durante el periodo de gestación

2. El artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 señala en su inciso primero que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad está sujeto a que “la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación”. No obstante, el inciso segundo prevé el pago proporcional a los días cotizados si se trata de trabajadoras independientes o, en el caso de las trabajadoras dependientes, si inició una vinculación laboral durante el periodo de gestación¹⁴. En una línea similar, la posición de esta Corporación ha sido que la falta de cotización de todos los periodos durante la gestación:

“no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, 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, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido”¹⁵.

*Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación¹⁶. La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante **más de dos meses** de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad **proporcional** al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante **dos meses o menos** de su gestación, tendrá derecho a recibir la **totalidad** de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad. (...)”.*

IX. CASO EN CONCRETO

Según la situación fáctica planteada en el libelo primario y las probanzas aproximadas por las partes y recolectadas durante el trámite procesal, se tiene que la inicialista, se encontraba afiliada al régimen general de seguridad social en salud, a la **NUEVA E.P.S.**, en calidad de trabajadora dependiente de la empresa **PREVISOL S.A.S.**, como cotizante en el régimen contributivo, para la fecha de nacimiento de su menor hija I.C.A, conservando vínculo hasta el presente, habiéndole expedido certificado de incapacidad No. 403010000015919, emitida el pasado 7 de febrero de 2023, que comprende el periodo entre el día cinco (05) del mismo mes y año, hasta el diez (10) de junio de la propia calenda, esto es por el término de 126 días. Pese a esto, la cancelación de la misma fue denegada por la accionada mediante oficio VO-DGO-2749855-23 suscrito el 07 de diciembre del año anterior.

En contraposición, la **NUEVA E.P.S.** en la respuesta al traslado de la demanda, fue enfática en afirmar que ha obrado conforme a la legislación vigente para declarar la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la libelista, esto atendiendo que la carga recae en primera medida en cabeza del empleador que en el caso en particular es la empresa **PREVISOL S.A.S** y es este quien debe acudir en la figura de recobro ante la directa accionada.

¹⁴ Decreto 780 de 2016, artículo 2.1.13.1, inciso segundo: “Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación”.

¹⁵ Sentencia T-837 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Reiterado en las sentencias T-092 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁶ Estas dos reglas han sido reiteradas en las sentencias T-206 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-354 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-049 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-368 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).



Por último pese que la empresa **PREVISOL S.A.S**, fue debidamente notificada, esta no presentó manifestación alguna por lo que se torna imperioso impartir aplicación a la figura jurídica implícita en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

DE LA INMEDIATEZ

Encuentra este Despacho que si bien es cierto el hecho que dio origen a la presente acción de amparo, es el nacimiento de la menor I.C.A, el cual ocurrió el pasado mes de febrero del año anterior y las subsiguientes negativas del pago de la licencia de maternidad, conforme las peticiones enarboladas por la accionante, presupuestos que de manera somera podría llegar a rayar con el criterio de inmediatez que rige la acción de tutela; frente al particular, se hace imperioso ahondar aún más en el concepto en aras de determinar de manera precisa si se torna procedente el abordaje de fondo, a la luz de los criterios expuesto por la Jurisprudencia Constitucional que sobre la materia consideró:

*“De lo anterior, es claro que el **principio de inmediatez** se debe estudiar y analizar a partir de **tres reglas**. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la inmediatez es un principio que busca proteger la seguridad jurídica y garantizar la protección de los **derechos fundamentales de terceros**, que puedan verse afectados por la interposición de la acción de tutela dentro de un tiempo que no es razonable. En segundo lugar, el análisis de la inmediatez debe hacerse a partir del concepto de razonabilidad, **teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto**. En tercer lugar, es evidente que el concepto de “plazo razonable” se predica de la naturaleza misma de la acción de tutela, en tanto ésta constituye **una respuesta urgente e inmediata** ante una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales.¹⁷”.*

De lo anterior aplicado al caso en particular, encuentra este Despacho que si bien es cierto la génesis del presente asunto ocurrió hace aproximadamente un año, presupuesto que desnaturalizaría la acción de amparo en su marco de urgencia, o inminente amenaza a la esfera fundamental, tanto de la accionante como de su menor hija; no se puede omitir que se evidencia actividad adjetiva constante en cabeza de la accionante en búsqueda de la materialización de los derechos que pretende como transgredidos, tales son los escritos impetrados ante el empleador y la E.P.S., siendo el último de estos radicado el pasado 30 de noviembre del año anterior, presupuestos que soporta la perduración en el tiempo de la desatención en cabeza de los llamados.

Así las cosas, no se evidencia que por parte de la señora **SARAI ARDILA GUALDRON**, se hubiere obrado de manera negligente u omisiva para con su pretensión, en contraposición ha permanecido proactiva en búsqueda de su protección, por lo que mal obraría este Despacho conjurar la improcedencia tutelar, cuando se ha demostrado actividad procesal constante y más aún nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional que amerita una protección suprema en el marco de los fines primarios del Estado Social de Derecho.

DEL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

Partiendo de la actualidad normativa y jurisprudencial relacionada con la licencia de maternidad que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, queda claro para esta Judicatura, que pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios, en el sub examine no se puede pasar por alto que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad concedida a la señora **SARAI ARDILA GUALDRON**, puede afectar los derechos a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital de la madre y de su menor hija I.C.A., circunstancias en las que la remisión a

¹⁷ Ver SU- 108 del 2018.



las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales garantías, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia, como mecanismo definitivo para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior tiene asidero en dos aspectos, tal y como lo demanda la máxima Corporación en la sentencia previamente citada¹⁸: el primero, la inmediatez, pues nótese que la acción fue interpuesta dentro de los doce (12) meses siguientes al nacimiento de su menor hija y a la luz de lo expuesto en parrados anteriores; segundo, la irrefutable razón de que la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN**, requiere del pago de su licencia de maternidad, y partiendo de lo considerado por el alto Tribunal, al no materializar el beneficio, el cual hace parte del mínimo vital, y está ligado con el Derecho Fundamental a la subsistencia, se presume que su falta de cancelación vulnera el derecho a la vida digna¹⁹ de la madre, también extensivo a la recién nacida.

Es por lo antecedente que a la luz de la jurisprudencia en cita, conforme lo detallado en el escrito genitor, deja entrever la libelista que se encuentra en riesgo o que se está viendo afectado su mínimo vital, por lo que la carga de la prueba se invierte, siendo la E.P.S. accionada, la que debe entrar a controvertir tal afirmación indefinida; sin embargo, como ocurrió en el presente caso, dicha posibilidad desapareció, pues aunque la E.P.S. participó activamente en el contradictorio, ninguna mención hizo ante tal aspecto, radicalizando su posición en torno a la negativa de reconocer y pagar la licencia reclamada, arguyendo que esto es responsabilidad del empleador, siendo este quien debe acudir en recobro ante la llamada.

Ahora bien, no se omite por parte de este Fallador la obligatoriedad que le asiste al empleador de realizar las gestiones correspondientes para garantizar el pago a favor de la madre una vez que se cuente con el certificado de nacimiento, siendo su obligación ejercer el recobro. Sin embargo, también se evidencia como este beneficio ya fue solicitado ante la accionada y fue denegado por la NUEVA E.P.S. en oficio VO-DGO-2749855-23 del 7 de diciembre de 2023, arguyendo responsabilidad de un tercero, que tal como ha sido expuesto en precedencia adolecen de sustento constitucional, toda vez que se está imponiendo una traba administrativa que se traduce en una dilación en el tiempo de la transgresión en la esfera primaria.

En el mismo sentido, se torna imperioso indicar que nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional, tal como se deviene de la menor, situación que en primera medida impone a todos los organismos estatales y privados el obrar en cuidado de protección de sus garantías fundamentales, hecho que imposibilita someter a más dilaciones a madre que pueden llegar a atentar contra los intereses superiores de su hija. Esto último en el sentido que, si bien es cierto, en un primer plano la obligación recayó en su empleador, se tornaría una vulneración perdurada, que está NUEVAMENTE ejerciera el trámite correspondiente ante la E.P.S. cuando este ya fue negado acudiendo a supuestos sin fundamento constitucional alguno.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que fue verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos por el máximo órgano de cierre Constitucional, consistentes en que (i) el término de interposición de la acción, no supera un año después del nacimiento, (ii) y que se presume la afectación al mínimo vital de la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN** y su menor hija, no siendo desvirtuada por la accionada, también se da cuenta que la hoy libelista figura con pagos en el reporte de compensaciones al Sistema de Seguridad Social en salud, durante gran parte del período de gestación, tal y como lo detalla la imagen que a continuación se inserta:

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-278 del 17 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁹ Cfr. Sentencia T-368 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



NUEVA E.P.S.S.A.	12/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	11/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	10/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	09/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	08/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	07/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	06/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	05/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	04/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	03/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	02/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	01/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	12/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	11/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	10/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	09/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	08/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	06/2022	1	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	02/2020	19	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	01/2020	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	12/2019	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.P.S.S.A.	11/2019	30	COTIZANTE	Pago con cotización

Bajo lo anterior, se denota que no fueron cotizados los nueve (9) meses anteriores al alumbramiento de la menor I.C.A, de esta manera se hace necesario abordar este factico a la luz de lo expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-014 del 2022, que impuso reglas aplicables al caso en los siguientes términos:

*“Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación²⁰. La primera regla es que, si la afiliada cotizante **no aportó durante más de dos meses de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad proporcional al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante dos meses o menos de su gestación, tendrá derecho a recibir la totalidad de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad.**”* Negrillas fuera de texto.

Con base en lo anterior y de material probatorio acolado durante el trámite procesal, se tiene debidamente soportado que la menor I.C.A nació el pasado 05 de febrero del año anterior²¹, producto de esto se impartió la incapacidad Nro. 403010000015919. Por otro lado, de los aportes realizadas en cabeza de la accionante se encuentra que si bien estos no se encuentran completos, entendidos como los nueve (9) meses previos al nacimiento, si están los correspondientes a los meses de febrero y enero de 2023, diciembre, noviembre, octubre, septiembre y agosto de 2022, esto es, siete (7) periodos, por lo que el supuesto de hecho y derecho se encuentra inmerso en la segunda regla jurisprudencial, siendo imperioso el pago de la totalidad de la licencia de maternidad concedida en favor de la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN**.

Por otra parte, la libelista dentro del material probatorio adjunta el oficio de fecha 7 de Diciembre de 2023 bajo radicado VO-DGO-2749855-23 en la cual entre otros la accionada NUEVA E.P.S. argumenta el no pago de la pretendida licencia de maternidad aduciendo pago extemporáneo, razón por la que advierte se halla facultada legalmente para negar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; lo cierto es que conforme la prueba documental adjunta y la relación de periodos compensados acreditados en la ADRES, ésta no ha dejado de hacer sus aportes a la seguridad social en salud oportunamente, conforme se analizó en líneas anteriores, adecuándose la causal a la regla segunda dispuesta por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia en cita.

²⁰ Estas dos reglas han sido reiteradas en las sentencias T-206 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-354 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-049 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-368 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

²¹ Ver archivo 08 del expediente digital.



En ese orden de ideas, es claro para este Fallador, que la NUEVA E.P.S., no puede desconocer la obligación que tiene de efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora, y no puede trasladar a la tutelante trámites administrativos que le corresponden a dicha E.P.S., por lo que se concluye sin hesitación la flagrante vulneración de los derechos Fundamentales al al Mínimo Vital, a la seguridad social y a la vida de la accionante y de su menor hija I.C.A., razón por la cual se accederá a las pretensiones de la libelista, y se ordenará en consecuencia al **Representante Legal de la NUEVA E.P.S.**, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a realizar el trámite que corresponda en aras de RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR la totalidad del auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, No. 403010000015919, emitida el pasado el pasado 7 de febrero de 2023, que comprende el periodo entre el día cinco (05) del mismo mes y año, hasta el diez (10) de junio de la propia calenda, esto es por el término de 126 días, suscrita por el galeno tratante el Dr. Néstor Enrique Motta Gómez, Gineco Obstetra a la señora **SARAI ARDILA GUALDRON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.972.763; así mismo, se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Por último, se torna necesario instar al representante legal de PREVISOL S.A.S, para que en próximas ocasiones se sirva obrar con diligencia, al reconocer, liquidar y pagar una licencia en particular de maternidad, y posterior a ello, ejercer los mecanismos procesales idóneos para garantizar su pago ante la E.P.S., esto en el entendido que esta omisión puede atentar contras las garantías primarias y perdura el tiempo la vulneración a la esfera fundamental de sus empleados.

Se reconocerá dentro del trámite personería jurídica como apoderada de la accionada la **NUEVA E.P.S.**, a la Dra. **KEYLA PATRICIA RODELO JARABA** mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.052.069.388 de El Carmen de Bolívar – Bolívar y portadora de la tarjeta profesional de abogado No. 241.779, del C.S. de la J, en los términos y para los efectos del poder conferido.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** los Derechos fundamentales a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital de la accionante la señora **SARAI ARDILA GUALDRON**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.972.763, actuando en nombre propio y de su menor hija I.C.A, en la acción de tutela instaurada en contra de la **NUEVA E.P.S.** siendo vinculado al presente asunto de manera oficiosa la empresa **PREVISOL S.A.S**, en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

SEGUNDO. **ORDENAR** al **Representante Legal de la NUEVA E.P.S.**, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la totalidad del auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, No. 403010000015919, emitida el pasado 7 de febrero de 2023, que comprende el periodo entre el día cinco (05) del mismo mes y año, hasta el diez (10) de junio de la propia calenda, esto es por el término de 126 días, suscrita por el galeno Néstor Enrique Motta Gómez, Gineco Obstetra, en favor de la señora **SARAI ARDILA GUALDRÓN**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.972.763, conforme los lineamientos dispuestos por la Honorable Corte Constitucional y el Legislador y lo esbozado en el presente proveído.



PARÁGRAFO. **RECONOCER** personería jurídica dentro del trámite, como apoderada de la accionada NUEVA E.P.S. a la Dra. **KEYLA PATRICIA RODELO JARABA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.052.069.388 expedida en El Carmen de Bolívar, Bolívar y T.P. No. 241.779 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos del poder conferido.

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SEXTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura y el máximo órgano Constitucional, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Sadp