



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Santiago de Cali, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA VANESSA OSPINA PALACIOS
ACCIONADO: CLINICA VERSALLES S.A.S
RADICACIÓN: 005-2023-00243-00
SENTENCIA No. T-246 (1a. Instancia)

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela incoada por la señora Ospina Palacios en defensa de sus derechos fundamentales, los cuales a su parecer están siendo vulnerados por la accionada.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada a la EPS Sanitas, que el 23 de mayo del año avante nació su hijo en la Clínica accionada, pese a que la fecha estimada para el parto era el 22 de junio de 2023. Señala que el nacimiento prematuro de su hijo tuvo lugar debido a que fue diagnosticada con preeclampsia severa, colestasis y crisis hipertensiva.

Agrega que una vez nació su hijo, la Clínica Versalles emitió el documento en el que se indicaba que el periodo de licencia de maternidad, precisando el lapso comprendido entre el 23 de mayo y el 3 de octubre de 2023; no obstante, asegura que, realizadas las cuentas correspondientes a las semanas concedidas en su licencia de maternidad, más las que se deben adicionar como producto del nacimiento prematuro de su hijo, evidenció que el tiempo indicado no concordaba con el determinado por la ley.

Por dicho motivo, señala que el 9 de agosto de 2023 presentó un PQR con el propósito de exponer la situación mencionada, con el fin de que se resolviera sobre el tiempo de licencia que no le fue reconocido, con el propósito de atender el estado de salud de su hijo recién nacido; sin embargo, pese haber señalado el 31 de agosto de 2023 como fecha límite para dar respuesta, no han emitido pronunciamiento alguno.

Culmina su escrito, solicitando que a través de este mecanismo constitucional se ampare su derecho fundamental y se le ordene a la accionada de respuesta de fondo a lo pretendido.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto No. 5192 del 29 de septiembre de 2023, fue admitida la acción de tutela promovida contra la entidad accionada, se vinculó a la EPS Sanitas, al ADRES y se les corrió traslado a fin de que se pronunciarán sobre los hechos edificadores de la acción y controvirtieran lo pertinente para lo cual se concedió el término de tres días.

Intervención de la parte accionada y entidades vinculadas.

CLINICA VERSALLES S.A.S: Señala que la accionante ha recibido 3 atenciones en esa institución durante el año 2023 y enfatiza que el 23 de mayo, ingresó por el servicio de urgencias de maternidad con: "G1P0 con embarazo de 35.5 semanas con cuadro clínico de 3 días de evolución consistente en prurito de predominio en palmas y plantas. Adicionalmente refiere un día de evolución de edema grado II en miembros inferiores y cefalea frontal con fosfenos, cifras tensionales elevadas, durante la vigilancia con una crisis hipertensiva, útero grávido sin dinámica palpable, cérvix cerrado, requirió hospitalización, seguimiento de paraclínicos y monitoría fetal. Valorada por medicina general, y especialidades de ginecobstetricia, requirió manejo con un bolo de labetalol, con neuroprotección con smg4, hiperreflexica, tiene perfil de daño endotelial dentro de límites de normalidad, en manejo con una línea antihipertensiva. Sospecha de colestasis por cuadro de prurito palmoplantar, con transaminasas dentro de límites de normalidad. En cuanto al feto, creciendo en percentiles adecuados para edad gestacional peso 2980gr, se considera traslado a sala de partos para inducción y vigilancia del trabajo de parto, por cultivo recto vaginal desconocido se inicia profilaxis antibiótica; Por evolución no satisfactoria se llevó a Cesárea s el día 23/mayo/2023 a las 21:31 horas. Sin complicaciones. Recién nacido pretérmino de sexo masculino, con adecuado peso para edad gestacional y adaptación neonatal, sin signos de dificultad respiratoria, con atención inicial por pediatría, se toman múltiples laboratorios de control y se decide traslado con la madre. Paciente materna con preeclampsia severa por disfunción macrocirculatoria con requerimiento de vasodilatador parenteral y



disfunción neurológica, y crisis hipertensiva persistente, requirió vigilancia por ginecología, monitoria invasiva, vigilancia en Uci obstétrica y trombopprofilaxis farmacológica. Así mismo, requirió terapia física y respiratoria y valoración por nutrición clínica. Debido a evolución clínica satisfactoria, se ordena egreso el 31/mayo/2023 con órdenes de medicamentos, analgesia y trombopprofilaxis, orden de control de perfil de daño endotelial dentro de 5 días, orden de control con ginecología en 7 días y de retiro de puntos. Además, se entrega formato de control de seguimiento de presión arterial el cual deberá llevar el día del control. Se brinda información sobre cuidados generales, recomendaciones y signos de alarma, educación en lactancia materna, vacunación, planificación familiar, fórmula con medicamentos. Para el recién nacido, se indicó control por crecimiento y desarrollo, pediatría, oftalmología, potenciales auditivos de tallo cerebral.”

Por otra parte, expresa que, a solicitud de la paciente, se corrigió el certificado de licencia de maternidad por 135 días, teniendo en cuenta que, para la fecha del nacimiento del menor, la accionante contaba con 35.5 semanas (pretérmino) lo que obliga a sumar el tiempo que resta para completar las 37 semanas a los 126 días por ley. Por tanto, lo faltante para completar las semanas eran 9 días para un total de 135 días.

Menciona que desde el 28 de agosto que se realizó el ajusta al documento, se intentó tener comunicación con la accionante a los números de celular, sin ser posible establecer contacto y encontrándose disponible en el área de servicio al cliente, el certificado de licencia de maternidad, del cual anexa copia.

Entidades vinculadas

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-**: luego de citar la normatividad relativa a sus funciones señaló que no está dentro de la esfera de su competencia dar respuesta a la petición radicada ante la IPS accionada, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se producirla por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha entidad.

Culmina su escrito, solicitando se niegue el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora, y en consecuencia, solicita se desvincule a dicha entidad del trámite de la presente acción constitucional.

EPS SANITAS: Solicita se declare improcedente la acción constitucional en lo que a esa entidad corresponde, por cuanto ha actuado conforme a la normatividad legal vigente en el presente caso y en particular, toda vez que el derecho de petición fue contestado, lo que se configura en un hecho superado por la carencia actual de objeto.

Por otra parte, expone que a favor de la accionante se tramitó una licencia de maternidad con fecha de inicio 23 de mayo de 2023 y fecha final 10 de octubre de 2023, aprobada con número de certificado 58683044 con 141 días a reconocer a través del empleador mediante transferencia electrónica, conforme a los fundamentos de ley aplicables por parte de esa administradora de salud.

Enfatiza que **“la licencia de maternidad para madres de niños prematuros tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento “a término”, es decir la diferencia entre la fecha gestacional y la semana 37 de gestación”**, por lo tanto, teniendo en cuenta que el bebe nació a la semana 35 de gestación, se adicionaron 2 semanas (15 días) a la licencia de 126 días, es decir, las semanas faltantes para la semana 37 lo cual se considera un parto a término, para un total de 141 días autorizados de licencia.

CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario establecido para hacer efectiva la protección actual e inmediata de los derechos fundamentales que haya resultado vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley.



Este despacho es competente para asumir el trámite constitucional iniciado por la accionante contra la entidad accionada y resolver el problema jurídico traído a estudio para lo cual se analizará si concurren los requisitos de procedibilidad de la acción y en caso de ello ser así, deberá determinarse si la accionada ha trasgredido el derecho fundamental deprecado por no habersele dado respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 9 de agosto de 2023.

Así pues, revisados los requisitos básicos de procedibilidad de la presente solicitud de amparo constitucional se evidencia que quien la formuló se encuentra legitimada para actuar en contra de la entidad accionada en virtud a que es la titular del derecho fundamental que considera vulnerado, por lo tanto, se haya verificada la **legitimación por activa**, lo mismo ocurre en relación a la **legitimación por pasiva** en tanto se acciona contra la entidad que se considera como trasgresora y lo cual se encuentra regulado en la ley 1755 de 2015¹; de otro lado se tiene que para la fecha en que fue presentada la acción de tutela, presuntamente permanecía la violación y/o trasgresión alegada a través de este mecanismo, por consiguiente, la acción constitucional se estima oportuna², con lo cual se satisface el requisito de **inmediatez**. Igualmente se encuentra acreditado el presupuesto de **subsidiariedad** de la acción en tanto no existe otro mecanismo judicial encaminado a proteger el derecho presuntamente conculcado. En tal virtud se realizará el estudio de fondo del presente caso.

El derecho de petición está consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental y por mandato del artículo 85 de la misma carta es de aplicación inmediata y directa, además del reconocimiento de la fundamentalidad de tal derecho derivada de la aplicación del bloque de constitucionalidad, cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas.

La Corte Constitucional, ha insistido en señalar que el derecho de petición, comprende: “(i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibir las o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) **una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas**”³.

De igual modo, atendiendo los componentes conceptuales básicos y mínimos del derecho de petición, La Corte Constitucional ha indicado que: “... **una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario**; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea; (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta.”

El derecho de petición exige, entonces, una manifestación de fondo acerca de lo requerido, no siendo de recibo las expresiones evasivas o abstractas. La contestación implica así un enfoque sustentado, acorde con la competencia de quien debe rendirla, pero no obliga a acceder favorablemente a lo esperado.

En otras palabras, se satisface este derecho cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud, independientemente del sentido, de manera que no puede entenderse vulnerado el derecho simplemente porque la contestación dada al peticionario dentro de los términos dispuestos sea negativa, pues si

¹ Artículo 33. Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.

² T-161 de 2019 “Así las cosas, este Tribunal ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada”

³ Sentencia T-077-18 Magistrado Ponente: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO



efectivamente atiende de fondo el asunto inquirido, conlleva la satisfacción de tal derecho de petición...” Negritas y subrayas fuera del texto original.

Del asunto traído a estudio se desprende que la accionante acude a este mecanismo en busca de amparo constitucional por considerar que se han trasgredido sus derechos fundamentales, en virtud a que al contabilizar el periodo de su licencia de maternidad considera que la misma no se realizó conforme lo legal; adujo que presentó solicitud ante la Clínica accionada a fin de exponer la situación, no obstante, la misma no se ha resuelto.

Revisado el recaudo probatorio arrojado al presente trámite se encuentra acreditado que el 9 de agosto de 2023⁴, la aquí accionante, radicó un derecho de petición ante la IPS accionada, con el propósito de que realice el respectivo ajuste del certificado de licencia de maternidad bajo los lineamientos allí expuestos. Dicha solicitud reúne los requisitos de ley; por consiguiente, le correspondía a la entidad emitir una respuesta oportuna, clara, completa y congruente.

Al respecto se tiene por sentado que, si bien la IPS accionada expuso que en virtud de la petición de la accionante se dispuso la corrección del certificado de licencia de maternidad, indicando que le corresponde el pago de 135 días, lo cierto, es que la modificación realizada, ni atiende lo solicitado, ni niega lo pedido en la solicitud; pues en efecto no existe una respuesta al pedimento, conforme lo legal, sin que lo expuesto en sede constitucional constituya una contestación a la solicitud impetrada.

Como ya se indicó la accionante tenía derecho a recibir una respuesta, que explique de manera comprensible el sentido y contenido de la respuesta; que se que se pronuncie de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, excluyendo referencias evasivas o que no guardan relación con el tema planteado; que resulte suficiente pues permita que se resuelva materialmente la petición y satisfaga los requerimientos del solicitante, es decir que siendo favorable o desfavorable a contestación se pronuncie frente a cada petición con el fundamento legal pertinente; así mismo que si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido. Así pues, se puede colegir que, a pesar de haberse superado de forma excesiva el término dispuesto por la ley; la IPS Clínica Versalles S.A.S no contestó en debida forma la petición elevada por la accionante.

En virtud de lo expuesto, resulta claro para esta servidora judicial que la aludida Institución está vulnerando el derecho fundamental de petición a la señora María Vanessa Ospina Palacios, por lo que se dispondrá que a través de su Representante legal y/o quien haga sus veces, proceda a resolver de fondo la petición presentada por la señora Ospina Palacios, de manera clara, congruente y de fondo a lo solicitado, conforme a los razonamientos realizados en esta providencia.

Debe reiterarse, en este punto que, la Corte Constitucional, no exige al peticionado despachar favorable o desfavorablemente lo solicitado; contrario a ello como garante de la Constitución, impone que, en cumplimiento de lo establecido por el legislador, se emita respuesta de manera, clara, congruente, de fondo y de manera legal y oportuna, respecto de lo solicitado. Para el asunto examinado, le corresponde a la institución peticionada, atender los lineamientos establecidos en el numeral 5° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2° de la Ley 2114 de 2021.

Siguiendo con el análisis del caso, de la exposición fáctica, argumentativa y de las pruebas que obran en el expediente, se vislumbra que la accionante ha expuesto ante la IPS accionada, su inconformidad respecto de la forma en que fue expedida la licencia de maternidad, pues señala que no se tuvo en cuenta que el nacimiento de su hijo fue prematuro, lo que señala, imponía una licencia de maternidad por un lapso superior al concedido. Al respecto, en curso de la acción constitucional, la EPS se pronunció para manifestar la forma en que a su modo de ver se debió expedir la licencia de maternidad; así mismo precisó sobre la manera de liquidarla.

Sentado lo anterior, la señora María Vanessa Ospina Palacios, considera que no se ha dado cumplimiento a la normatividad aplicable para la licencia de maternidad para madres de niños prematuros, pues, inicialmente la IPS expidió certificado de licencia de maternidad por 135 días de licencia, seguidamente, la EPS accionada, aprobó el pago de 141 días a favor de la

⁴ Folio 4 del archivo 01 del expediente electrónico



citada accionante señalando que adicionaba dos semanas más, bajo el siguiente argumento **“la licencia de maternidad para madres de niños prematuros tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento “a término”, es decir la diferencia entre la fecha gestacional y la semana 37 de gestación”**

A fin de resolver el asunto, corresponde traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia **T-646 de 2012**, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, señaló la importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño, además de analizar la Ley 1468 de 2011, al tenor: *“Es válido resaltar que en la exposición de motivos de la referida ley, se observa que el punto de partida para el cambio de normatividad se basó en asumir lo dispuesto en diferentes tratados internacionales y en recomendaciones, como las de la OIT. El propósito de ampliar en dos semanas el lapso de descanso a que tiene derecho la madre, tiene como único objeto que la mujer pueda estar con su hijo el mayor tiempo posible, y evitar que por miedo a dejarlo muy pequeño no haga uso de la licencia desde antes del parto, con los perjuicios que ello puede acarrear para su salud y la del nasciturus. Este derecho de la mujer trabajadora que se encuentra en embarazo implica al mismo tiempo su deber de proteger su salud y la de su hijo, con doble connotación: primero, que el empleador conceda oportunamente la licencia y, segundo, que la madre inicie a tiempo el disfrute del receso remunerado. **Uno de los avances en la protección que consagra la Ley analizada es el correspondiente a la ampliación de la licencia de maternidad ante partos prematuros, otorgada como medida preventiva, ya que los bebés que nacen antes de la semana 37 de gestación están en riesgo de mayores quebrantos de salud, lo que genera que el mayor tiempo de la licencia de maternidad se agote cuando aún se encuentra en cuidados especiales (ej. incubadora), impedido de recibir afecto junto a su progenitora, razón que justifica que la licencia de maternidad sea adicionada, extendiendo el número de semanas equivalentes a la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, que debe sumarse a las 14 semanas, para compensar las de gestación que faltaron para completar el término y así reducir la mortalidad infantil, prevaleciendo el interés superior del niño que prima sobre cualquier otro derecho.**”*

En el mismo sentido, frente a la prevención y protección en nacimientos prematuros, estableció:

*“Cada semana en la evolución de un embarazo incluye variaciones notorias en el desarrollo del nasciturus, con repercusiones sobre la madre, quien pregunta con prioridad al o los profesionales que la atienden cuándo será el alumbramiento, que usualmente ocurrirá entre las semanas 38 y 42 (hacia la semana 40, en promedio), siendo importante recordar que solo hay estimativos, ante la imposibilidad científica de identificar una fecha exacta, resultando claro que **mientras más corto es el período de embarazo, más alto es el peligro de complicaciones para el recién nacido**, incluyendo riesgo de muerte, o parálisis cerebral, retraso mental, enfermedades pulmonares y gastrointestinales, y pérdidas de visión y audición.*

Cuando se presenta la sintomatología de nacimiento prematuro, los especialistas pueden intentar detener el trabajo de parto, sí las condiciones lo permiten, para que así el embarazo continúe hasta su término, de forma que se aumenten las probabilidades del bebé de tener adecuado desarrollo y buena salud. Sin embargo, no siempre es procedente detener el trabajo de parto prematuro, ni precaverlo.

El bebé nacido prematuramente es llevado a la unidad neonatológica de cuidados intensivos, donde es puesto en incubadora, hasta que los expertos consideren que se han superado el cuidado hospitalario a suministrar.

En el informe “Nacidos Demasiado Pronto”, presentado en mayo 2 de 2012 por Acción Global sobre Nacimientos Prematuros de la OMS, Alianza para la Salud de la Madre y el Recién Nacido y el Niño, se indicó que este ha sido un grave problema desatendido, ratificando que “todos los recién nacidos son vulnerables, pero los bebés prematuros son más aún” y “representan casi la mitad de todas las muertes de recién nacidos en el mundo”, siendo “la segunda causa de muerte en niños menores de 5, después de la neumonía”; sin embargo, con tratamientos y cuidados especiales podría haber 75% de mayor supervivencia.

*El referido informe califica como “importante garantizar que los bebés tengan al menos 39 semanas de gestación cuando es médicamente posible” y aclara que no todos los nacimientos prematuros son iguales, pudiendo ser clasificados en tres niveles: “**Prematuro tardío**—aquellos nacidos entre las 32 y 37 semanas..., la mayoría sobrevive con atención de apoyo”; “**muy prematuros**—aquellos nacidos entre las 28 y 32 semanas. Estos bebés requieren atención de apoyo adicional. La mayoría sobrevive”; y “los **extremadamente prematuros**—aquellos nacidos antes de las 28 semanas. Estos requieren la atención más intensiva y costosa para sobrevivir.”*

Expertos de las Naciones Unidas, instituciones médicas y diferentes organizaciones de campo mencionan formas económicas comprobadas de atención a los bebés prematuros, que podrían salvar



al menos tres cuartas partes de ellos. Una de ellas es el **“Cuidado de madre canguro** donde el bebé es mantenido en contacto con la piel de la madre, a fin de brindarle calor. **El calor es muy importante para los recién nacidos prematuros. El cuidado de madre canguro facilita la lactancia frecuente y proporciona constante supervisión materna para el bebé”** (no está en negrilla en el texto original).

Es pertinente conocer qué sucede en el proceso de gestación, tanto en la madre como en el nasciturus, particularmente entre la semana 37 y el momento del parto. El cerebro y el cráneo del bebé continúan creciendo; aunque el peso no aumenta mucho más, cada día acumula 15 gramos de grasa al día, con la cual su cuerpo regulará mejor la temperatura, manteniendo un nivel adecuado de azúcar en la sangre.

A la siguiente semana (38) suelen aparecer señales, hacia el “rompimiento de fuente” y las contracciones; los pulmones del niño y la placenta de la madre son la clave de la sincronización para el momento del parto. Cuando los pulmones están maduros, segregan una proteína al líquido amniótico que altera la producción de hormonas, reduciendo la placenta la emisión de progesterona y fomentando la producción de una nueva, oxitocina, que regula las contracciones del útero e indica si hay parto.

Llegada la semana 39 sin alumbramiento, el bebé traga líquido amniótico y empieza a acumularlo como material de desecho, denominado meconio, que es una sustancia negra pegajosa, que será su primer movimiento de intestinos después del parto. El cordón umbilical, que hasta el momento ha transportado los nutrientes desde la placenta, mide en esta semana aproximadamente 50 centímetros de largo y 1,3 centímetro de ancho.

Ya en la semana 40 el feto tiene el tamaño completo y está listo para nacer; la mayor parte de vérnix ha desaparecido, aunque pueden quedar algunos restos en sus pliegues.”

Siguiendo los derroteros establecidos por la Corte Constitucional y analizado el asunto aquí ventilado, se observa, sin dubitación alguna que tanto la IPS como la EPS, han trasgredido de manera flagrante y ostensible los derechos fundamentales de la accionante y de su menor hijo, al no expedir en debida forma la licencia de maternidad, para el caso en particular, ni efectuar el reconocimiento conforme los lineamientos establecidos por el máximo Tribunal Constitucional y lo establecido en el numeral 5° del artículo 2 de la ley 2114 de 2021 que modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo; el cual reza:

“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley.” Para lo cual, en el párrafo 3° del precepto citado, se estableció que se debe *“anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad”*.

Al respecto la sentencia citada, ha precisado que *“la licencia de maternidad frente a niños prematuros, determinó que se tendrá en cuenta la **“diferencia entre la edad gestacional”** (formación en el vientre materno) **“y el nacimiento a término”** (fecha probable de parto, determinada por el especialista), **“con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad”**, debiendo anexarse la respectiva *“certificación expedida por el médico tratante”* y el certificado de nacido vivo (precitado párrafo 3° del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011, no está en negrilla en el texto original).”*

Señalado lo anterior, en el caso en particular se tiene que; la accionante quien se encuentra vinculada en calidad de cotizante dependiente en Sanitas EPS, dio a luz a su hijo, el 23 de mayo de 2023, cuando había alcanzado 35 semanas de gestación. Que por su parte la IPS Clínica Versailles, expidió licencia de maternidad por 134 días; es decir, adicionando 8 días a los 126 regulares. Por su parte la EPS, determinó que el reconocimiento debía efectuarse por dos semanas más, es decir 15 días, para un total de 141 días; ello luego de calcular el tiempo faltante de gestación que debió producirse entre la semana 35 a la 37; bajo la interpretación consistente en que a partir de la semana 37, se considera un parto a término.

Cabe precisar en este punto que la tesis defendida por la EPS; no se compadece con los derroteros demarcados por la Corte Constitucional, pues, contrario a lo expuesto por la entidad, la Corporación ha reiterado que *“el embarazo de 37 semanas no es el máximo deseable, sino el mínimo para precaver quebrantos de salud, no siendo en todo caso el momento ideal de nacimiento, pues el bebé y la madre aún se encuentran en proceso de gestación.”*; precisando que la norma antes citada⁵, establece que para el reconocimiento de la licencia de maternidad de los niños prematuros, debe ampliarse la misma, teniendo en cuenta la diferencia entre la *“edad*

⁵ Artículo 2 de la ley 2114 de 2021 que modifica el Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo;



gestacional, es decir, la formación del hijo en el vientre materno y el nacimiento a término, entendiendo este momento, como la “*fecha probable de parto*”, conforme lo haya determinado el especialista y no la semana 37, como ha expuesto la EPS.

Al respecto en el estudio de un caso similar, el máximo Tribunal Constitucional sostuvo, “*si la intención del legislador hubiera sido la interpretada erróneamente por la entidad ahora accionada, simplemente se hubiera fijado la semana 37, como lo hizo al determinar la ampliación de la licencia de maternidad a 14 semanas.*”⁶ En virtud de lo expuesto, no puede entonces determinarse una semana fija y menos generalizarla, pues como se ha determinado en la sentencia de tutela citada; el momento natural de nacimiento lo fija, de manera individualizada el proceso de evolución en el que se encuentran la gestante y el nasciturus.

Es por ello, que el profesional de la salud, determina la conducta a seguir en cada caso en particular según la evolución de la madre conforme a los exámenes de rigor y con base en todo lo necesario, calcular una fecha probable de parto, que tiene en cuenta no solo el tiempo, sino la formación, peso, tamaño y demás características propias, que según el conocimiento y la experiencia del profesional sea la aproximada para la finalización del embarazo, momento que llegará naturalmente, ojala en la plenitud del desarrollo y la salud del bebé.

Para arribar a una conclusión frente al caso en particular, debe precisarse que de las pruebas obrantes en el presente asunto se evidencia que, la IPS accionada documentó el nacimiento del menor, indicando “*paciente ingresa al servicio de urgencias maternidad, G1P0 con embarazo de 35.5 semanas (...) Recién nacido pretérmino de sexo masculino (...)*”; así mismo se tiene que el 18 de abril de 2023⁷, durante la ecografía obstétrica realizada a la señora María Vanessa Ospina Palacios, se determinó “*Mediante transductor convex transabdominal multifrecuencia se practicó ultrasonido obstétrico encontrando Feto único, vico longitudinal, presentación cefálica con dorso a la izquierda al momento del examen. Movimientos fetales activos. Actividad cardíaca rítmica*” precisando la edad gestacional de 30 semanas, para ese momento y con fecha probable de parto “**JUNIO 22 DE 2023**”. Lo cual fue reiterado por el especialista tratante, cuando en el certificado de la licencia de maternidad, estipuló “*Fecha probable de parto: 22/06/2023*”.

Así las cosas, le correspondía a la IPS accionada y la EPS Sanitas, expedir y reconocer; respectivamente, la licencia de maternidad de la accionante teniendo en cuenta el teniendo en cuenta la diferencia entre la “*edad gestacional*” del nasciturus, al momento en que su madre dio a luz -23 de mayo de 2023- y la “*fecha probable de parto*” -22 de junio de 2023- lo cual arroja como resultado un término adicional de 4 semanas, al lapso regular de 18 semanas; para un total de 156 días de licencia de maternidad; luego, en el caso en particular, se puede colegir sin hesitación alguna que el actuar de las IPS y EPS, trasgredieron de manera flagrante los derechos fundamentales de la madre y su menor hijo, al efectuar un reconocimiento erróneo de la prestación económica a que tienen derecho.

No puede pasarse por alto que tanto la Constitución Política como las normas internacionales, y la Corte Constitucional han “*reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.*”⁸ A lo que debe adicionarse que en el artículo 43 del texto constitucional, se establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “*gozará de especial asistencia y protección del Estado*” y que tanto los hijos prematuros⁹, no solo son de especial protección, debido a su estado de indefensión; sino que son los más vulnerables, de acuerdo a la OMS.

En consecuencia, tanto la IPS accionada como la EPS vinculada desconocieron sus deberes al obrar desatendiendo los lineamientos establecidos por la ley y por la Corte Constitucional en la materia, con lo cual, se halló demostrada la vulneración de los derechos de la madre y

⁶ Sentencia T-646 de 2012, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla,

⁷ Página 11 Archivo 06 Expediente Electrónico.

⁸ Ibidem

⁹ Informe “*Nacidos Demasiado Pronto*”, presentado en mayo 2 de 2012 por Acción Global sobre Nacimientos Prematuros de la OMS, Alianza para la Salud de la Madre y el Recién Nacido y el Niño” secretario general de las Naciones Unidas Ban Ki-Moon.



su menor hijo, se concederá el amparo solicitado. En consecuencia, se ordenará que se ajuste el término concedido por licencia de maternidad y se efectúe el reconocimiento de la licencia en la forma que tiene derecho, teniendo en cuenta lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Ejecución de Cali, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la señora MARIA VANESSA OSPINA PALACIOS y su menor hijo, de conformidad con los razonamientos expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces, de la **IPS CLINICA VERSALLES**, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación de esta providencia, **CONTESTE** en debida forma el derecho de petición presentado el 9 de agosto de 2023 a la señora MARIA VANESSA OSPINA PALACIOS.

La respuesta realizarse de manera clara, congruente y de fondo en concordancia con el numeral 5° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 2° de la Ley 20114 de 2021, frente a lo pedido. En igual término deberá la entidad, poner en conocimiento de la señora Ospina Palacios; el contenido de la contestación, en la dirección electrónica indicada en la petición.

TERCERO: ORDENAR al representante legal y/o, quien haga sus veces, de la **IPS CLINICA VERSALLES**, el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación de esta providencia, expida en debida forma el **CERTIFICADO DE LICENCIA DE MATERNIDAD** en favor de la señora MARIA VANESSA OSPINA PALACIOS, por el lapso de 156 días, siguiendo los lineamientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

Así mismo de manera coordinada con el prestador de salud y con fundamento en lo estudiado en esta sentencia, en igual término, **DEBERÁ** la **EPS SANITAS**, efectuar el reconocimiento y pago de la mencionada licencia de maternidad a la señora MARIA VANESSA OSPINA PALACIOS., por el lapso de 156 días. En tal virtud, le corresponde acreditar el pago, de lo que aún no se hubiere pagado.

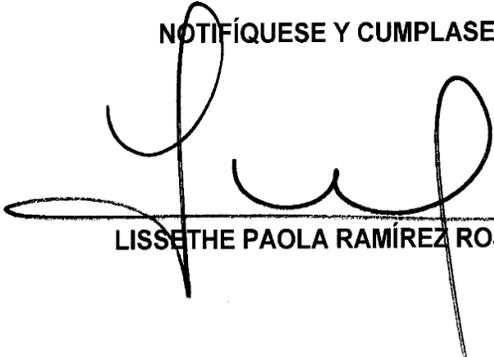
CUARTO: PREVENIR a la **IPS CLINICA VERSALLES** y a la **EPS SANITAS**, a fin de que, en lo sucesivo, ajusten sus actuaciones administrativas a lo dispuesto en materia de licencias de maternidad, respecto de hijos prematuros, a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 2 de la ley 2114 de 2021 que modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T-646 de 2012.

QUINTO: NOTIFIQUESE a las partes esta providencia, por el medio más expedito (artículo 16 del Decreto 2591/91).

SEXTO: Si la sentencia es impugnada remítase al Superior por medio digital, en el evento en que ello no ocurra, envíese el expediente digital a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,


LISSETHE PAOLA RAMÍREZ ROJAS