

**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA  
JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL  
CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**

**Girardota, Antioquia, septiembre seis (06) de dos mil veintiuno (2021)**

Proceso	Acción de Tutela
Accionante:	Leidy Alejandra Alzate Agudelo
Accionado:	Nueva EPS vinculado Ascolsa
Radicado	05308-31-03-001-2021-00188-00
Sentencia N°	S.G. 081 S.T. 041
Decisión	Concede Tutela.

### **1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, procede este Despacho a proferir la sentencia que resuelva, en primera instancia, sobre la protección de los derechos fundamentales invocados por la señora LEIDY ALEJANDRA ALZATE AGUDELO, por vía de esta acción constitucional, frente a la NUEVA EPS y ASCOLSA, entidad en la que labora y que fue vinculada en este asunto.

### **2. ANTECEDENTES**

#### **2.1. De la protección solicitada.**

En el escrito de tutela solicita la señora LEIDY ALEJANDRA ALZATE AGUDELO, la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, que considera vulnerados por parte de la NUEVA EPS, pidiendo entonces que en garantía del derecho invocado, se ordene a NUEVA EPS, el pago de la incapacidad generada desde el 26 de febrero de 2021 y hasta el 02 de marzo de 2021 y la licencia de maternidad generada desde el 01 de julio 2021 y hasta 03 de noviembre de 2021, previniéndole para que en ningún caso vuelvan a incurrir en la omisión que motiva esta tutela.

En los supuestos fácticos que sustentan la protección deprecada, refiere, en síntesis, que cuenta con 30 años, que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS al régimen contributivo, que ingreso el 01 de julio de 2020 por urgencias a la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardota, por labor de parto, teniendo a su hijo Jhonatan Foronda Alzate con R.C. 1.035.881.430.

Indica que anterior a la fecha de parto, estuvo incapacitada por cinco días, desde

el día 26 de febrero de 2021 al 02 de marzo de 2021, respecto a dolores del embarazo, posterior a dicha incapacidad se le ordenó la licencia de maternidad desde el 01 de julio de 2021 al 03 de noviembre de 2021, por 126 días; señala que la Nueva EPS no ha cancelado ni la incapacidad ni la licencia de maternidad.

Manifiesta que realizó los trámites pertinentes ante la NUEVA EPS para acceder al reconocimiento y pago de la incapacidad médica y la licencia de maternidad, sin que a la fecha haya recibido pago alguno por parte de la accionada, perjudicándose gravemente su situación económica, ya que sigue teniendo obligaciones económicas que pagar como servicios públicos, alimentación, arrendamiento etc., y ahora tiene un hijo menor de edad.

## **2.2. TRÁMITE Y RÉPLICA**

La acción de tutela fue admitida por auto del pasado 25 de agosto de 2021, en el que se dispuso, notificar a la accionada, requerirlas para que en el término perentorio de 2 días allegara informe sobre los hechos que motivan la presente acción constitucional so pena de que se derivara en su contra la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Las partes fueron notificadas del auto admisorio de la acción de tutela, el 26 de agosto de 2021.

La NUEVA EPS, al contestar la presente acción de tutela manifiesta al revisar la base de datos por parte de la Dirección de Prestaciones Económicas de esa entidad, no obra registro solicitud de pago por la incapacidad 6657669 y la licencia de maternidad 6982468, tampoco se ha radicado la documentación necesaria para la creación de cuenta en su sistema y que la transcripción y solicitud de pago de las incapacidades son procesos diferentes y se deben realizar de manera individual.

Señala que del escrito de tutela y sus anexos no se observa copia de la radicación de incapacidades por parte del empleador de la accionante, como lo establece el art. 121 del Decreto 019 de 2012, el trámite para la obtención del reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de licencias o incapacidades por enfermedad general deberá ser adelantado de manera directa, por el empleador del afiliado(a) ante la EPS.

Por lo tanto, solicita desvincular a la NUEVA EPS por no existir por parte de dicha entidad, vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante y se ordene el archivo de las presentes diligencias.

Una vez conocida la respuesta allegada por la entidad accionada y previo dialogo con la accionante, este Despacho por auto calendado septiembre 1º de 2021 dispuso vincular al presente trámite a la sociedad ASCOLSA, en calidad de empleador de la accionante, por considerar que podría tener responsabilidad en los hechos que generaron la presentación de esta acción de tutela, concediéndole el término de un (01) días para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela. La notificación a la vinculada se hizo el 02 de septiembre de

2021.

ASCOLSA, en su respuesta manifestó que es una Asociación Sindical Colombiana de Profesionales, Tecnólogos, Técnicos y Auxiliares de las Áreas Administrativa, Financiera, Contable y de la Salud, que la accionante está afiliada a dicho sindicato y por lo tanto participa en la ejecución de los contratos sindicales suscrito con la ESE Hospital San Rafael de Girardota, conforme lo previsto en el art. 482 del Código Laboral y Decreto 036 de 2016; por lo tanto su vinculación en el sistema general de seguridad social será en calidad de trabajadora independiente, dada la naturaleza del contrato sindical; en consecuencia y dadas las normas que regulan el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad corresponde a la NUEVA EPS , proceder con el pago de ésta directamente a la accionante.

Solicita acoger la pretensión de la accionante en el sentido de ordenar a la NUEVA EPS, el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y exonerar al sindicato ASCOLSA, de cualquier pretensión económica, toda vez que para la fecha de estructuración de la licencia de maternidad, se cumplió con la afiliación y pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, siendo obligación de la EPS su reconocimiento pago, conforme a la naturaleza del contrato sindical y la Resolución 2634 de 2014 emitida por el Ministerio de Salud y Protección social, donde el afiliado partícipe para el sistema de seguridad social tiene la calidad de trabajador independiente y propone como excepción de fondo “inexistencia de la obligación”, la cual sustenta en el hecho de que para la fecha de estructuración de la prestación económica y la ejecución del contrato sindical por parte de la accionante, estuvo afiliada y se efectuaron los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela tiene un trámite sumario y ágil por lo que las excepciones de mérito no son medios de defensa que están previstos para la acción de tutela, por lo que la excepción propuesta por la entidad vinculada ASCOLSA, se tendrá como una oposición a la acción de tutela en su contra, por lo que se analizará si le asiste o no razón.

### **2.3. PROBLEMA JURÍDICO**

Frente a los elementos de hecho y de derecho puestos a consideración por el accionante, mediante el ejercicio de la presente acción de tutela y atendida su naturaleza jurídica, la decisión que de esta judicatura reclama el accionante, se concreta en determinar si NUEVA EPS y Ascolsa, vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de la señora LEIDY ALEJANDRA ALZATE AGUDELO, al negarle el reconocimiento y pago de la incapacidad del 26 de febrero de 2021 y hasta el 02 de marzo de 2021 y la licencia de maternidad generada desde el 01 de julio 2021 y hasta 03 de noviembre de 2021.

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. Generalidades de la tutela**

La acción de tutela constituye uno de los más importantes mecanismos de garantía de los derechos constitucionales fundamentales al alcance de toda persona para la defensa de los derechos de carácter fundamental, siempre que hayan sido violentados o amenazados por una autoridad pública y por los particulares, en los eventos expresamente autorizados en el art. 86 de la C.N., y se orienta, en esencia, a la garantía y protección de estos derechos mediante la aplicación directa de la Constitución, a través de un procedimiento expedito y sumario.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

#### **LAS REGLAS RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.**

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 47 de 2000, la trabajadora para acceder a la prestación económica derivadas de la licencia de maternidad, *“deberá en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso (..)”*.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional en consideración a la especial protección de la mujer gestante y de su hijo, ha morigerado la aplicación en estricto del requisito anterior, señalando que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. Y en los que la madre en estado de embarazo no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.

Sobre este tópico y dada su relevancia, la Corte Constitucional en sentencia T-136 de 2008, enseñó que,

*“Con fundamento en la normativa vigente y las posiciones jurisprudenciales citadas, la Corte decidió definir algunas reglas con el fin de unificar las tesis expuestas, y concluyó que en aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero*

*solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.*

*De tal forma en la Sentencia T-530 de 2007 la Corte Constitucional articuló las posiciones jurisprudenciales referidas, mediante la definición de las reglas citadas y expuso:*

*“(...) la Sala encuentra probado lo siguiente:(...)”“En aquellos casos en los que las cotizaciones hechas por las accionantes fueron incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación, esta Sala de Revisión tomará dos tipos de decisión, así: “En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%).”“En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas. (...)”.*

*Las anteriores definiciones de la jurisprudencia responden entonces a la necesidad de propender hacia la protección de derechos fundamentales y así mismo de materializar los principios definidos por la Constitución de 1991 y el Estado Social de Derecho. Si bien es cierto, el legislador es quien define las normas que regulan el sistema de salud, la función del juez de tutela es evaluar cada caso en concreto y lograr proteger los derechos que se afecten como consecuencia del establecimiento de requisitos estrictos para hacerse acreedor de ciertos derechos.*

*Evaluar las condiciones en concreto de las madres en estado de embarazo permite que las normas del régimen no se conviertan en obstáculos para la consecución de los fines Estatales. De igual forma, las razones que atienden a los nuevos criterios de la jurisprudencia y al pago total o proporcional de la prestación que se origina con la licencia de maternidad, debe su fundamento a que puede existir en la valoración y el cálculo de las semanas de gestación un margen de error que en caso de presentarse puede ser la causa de la negación de un derecho adquirido.*

*En tal sentido, esta Sala de revisión ordenará que se tenga un plazo de dos meses para que se inapliquen los requisitos del régimen y en tal sentido ordenar el pago total de la prestación, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las madres en estado de gravidez, que dan a luz un hijo, y de los menores recién nacidos.*

*En la misma línea, y con el fin de mantener el equilibrio del sistema, si se superan dos meses sin cotizar por parte de la madre durante su embarazo, la tesis se inclinará hacia la proporcionalidad del pago de la licencia de maternidad, con el objeto de lograr bilateralmente una solución que permita tanto a la madre y al menor la subsistencia económica y la protección de su derecho al mínimo vital, sin que el sistema de salud retenga dineros que han sido cotizados por la afiliada, y por otra el compensación del sistema para que éste no se obligue a hacer erogaciones de dineros que no ha percibido”.*

En concreto, los requisitos para que la madre gestante acceda a la prestación económica por licencia de maternidad, pueden recopilarse de la siguiente manera:

i) En principio, la trabajadora debe haber cotizado ininterrumpidamente durante todo el período de gestación. No obstante, en los casos en los que las semanas dejadas de cotizar correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%)<sup>1</sup>. Si superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas.

ii) **La entidad obligada a realizar el pago es la EPS, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica**<sup>2</sup>, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993. (negrilla y subrayado fuera de texto)

iii) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto la EPS no puede negar el pago de la licencia.

#### 4. EI CASO EN CONCRETO

Conforme quedó expuesto en los antecedentes, pretende la accionante que le sea protegido su derecho fundamental al mínimo vital, que considera vulnerado por parte de la NUEVA EPS, por cuanto no le ha cancelado la incapacidad por enfermedad general dada desde el 10 de marzo de 2021 hasta 14 de marzo de 2021, así como la licencia de maternidad causada desde el 1º de julio de 2021 y hasta el 03 de noviembre de 2021, para un total de 126 días, que la accionada a la fecha no le ha reconocido.

Con relación a la licencia de maternidad, se tiene que ésta puede alegarse dentro del año siguiente al parto, lo que para el caso se encuentra probado con el parto ocurrido el pasado 01 de julio de 2021 y la accionante promueve la acción constitucional, veinticinco días después, ante la falta de reconocimiento monetario por parte de la accionada.

De la respuesta allegada por la NUEVA EPS se puede inferir que la señora Alzate Agudelo se encuentra activa en el sistema general de seguridad social en salud; que la entidad accionada reconoce la afiliación de la accionante y la existencia de la incapacidad por enfermedad general y la licencia de maternidad; sumado a ello, la EPS accionada no indicó que la reclamante estuviera en mora en sus aportes, lo que permite inferir que se encuentra al día en los mismos.

---

<sup>1</sup> Sentencias T-136 de 2008, T-1223 de 2008, T-963 de 2009

<sup>2</sup> Sentencia C-383 de 2006.

La EPS indica en su respuesta que, es la entidad empleadora de la accionante, quien debe realizar el trámite administrativo para la obtención del reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de licencias o incapacidades por enfermedad general ante dicha entidad.

De la respuesta allegada por ASCOLSA, y la naturaleza de la relación contractual entre la accionante y ASCOLSA, la cual está dada en virtud de la ejecución del contrato sindical, que se define como “... *el que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados*». Art 2.2.2.1.16. Decreto 036 de 2016. En el presente caso, la señora Alzate Agudelo participa en la ejecución de los contratos sindicales suscrito entre ASCOLSA y la ESE Hospital San Rafael de Girardota, afiliada-participe vinculada específicamente para la ejecución de dicho contrato.

Dentro de las obligaciones del sindicato, se encuentra el pagar lo pactado a sus afiliados, efectuar los pagos a la seguridad social, entre otros; más no realizar los trámites administrativos ante la EPS, para el reconocimiento y pago de incapacidades o licencia de maternidad, como lo manifiesta la EPS accionada, toda vez que la calidad de vinculación al Sistema de Salud y Seguridad Social del afiliado partícipe se hace en calidad de independiente.

De lo anterior se deduce que el rubro de esta incapacidad es el único ingreso con el que cuenta la accionante para cubrir la manutención de su recién nacido hijo, cuyo pago corresponde a la EPS, entre otras causas, por estar al día en el pago de sus aportes como independiente.

La Corte Constitucional ha establecido que la licencia de maternidad, como prestación económica del sistema de salud en seguridad social, es “(...) *un emolumento que se paga a la madre durante el periodo determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento*”<sup>3</sup>.

Así mismo, estamos en presencia de un sujeto que goza de especial protección por mandato del artículo 43 de la Carta Política que prevé “*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...)*”; así mismo, el artículo 44 ibídem, eleva los derechos de los niños a la categoría de fundamentales.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional T-998 de 2008

En concordancia con lo dicho en líneas atrás, la Corte Constitucional ha aceptado que procede el amparo cuando se encuentra comprometido el derecho fundamental al mínimo vital de la madre gestante y de su hijo que acaba de nacer, por no contar con otra fuente de ingreso que asegure su subsistencia mientras se encarga del cuidado de su hijo, correspondiéndole a la EPS, desvirtuar esta presunción, lo que no ocurrió.

Así entonces, el pago de la licencia de maternidad corresponde a la EPS en aras de garantizar los derechos de la madre y su hijo recién nacido, por lo tanto, es procedente ordenar el pago a la Entidad Promotora de Salud directamente, más aún cuando a la fecha la señora Leidy Alejandra Alzate Agudelo se encuentra atravesando una precaria situación como lo da a señalar en su escrito de tutela. Para este caso, pese a que la accionada EPS afirma que no ha procedido al pago reclamado por la falta del trámite administrativo de la accionante y/o su empleador, el Despacho observa que la accionada tiene conocimiento de la causación de la prestación social generada a favor de la accionante además que ella afirma haber radicado la respectiva solicitud, sin que la EPS a la que se encuentra vinculada proceda con los pagos respectivos y que en todo caso, no le puede anteponer trámites administrativos a un sujeto de especial protección como la accionante para negarle o retardarle el reconocimiento y pago de la prestación causada.

Finalmente, desvinculará del presente trámite a la entidad sindical, por no ser la responsable del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a la accionante y por cuanto el trámite de radicación de la petición de pago ante la entidad responsable fue efectuada por la misma accionante según lo afirmó en el escrito de tutela.

Así las cosas y en aras de garantizar el derecho al mínimo vital de la señora LEYDI el Despacho ordenará a la NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todos los trámites administrativos a que haya lugar para lograr y materializar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la accionante y de la incapacidad por enfermedad general dada desde el 10 de marzo de 2021 hasta 14 de marzo de 2021, esta última en lo que le corresponde, conforme lo establece el art. 1º Decreto 2943 de 2013.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil con Conocimiento en Procesos Laborales del Circuito Judicial de Girardota, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Mandato de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales invocados por el señor LEIDY ALEJANDRA ALZATE AGUDELO, identificado con cédula de ciudadanía N° 1035858415; que le han sido vulnerados por la NUEVA EPS por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordena a NUEVA EPS representada legalmente por el Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez o quien

haga sus veces o quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe todos los trámites administrativos a que haya lugar para lograr el reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general dada 2021 y la licencia de maternidad generada desde el 01 de julio 2021 y hasta 03 de noviembre de 2021, esta última en lo que le corresponde, conforme lo establece el art. 1º Decreto 2943 de 2013 a que tiene derecho la accionante señora LEIDY ALEJANDRA ALZATE AGUDELO con c.c. 1.035.858.415.

**TERCERO: Desvincular** del presente trámite a ASCOLSA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

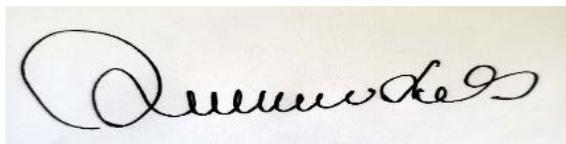
**CUARTO: ADVERTIR** que el incumplimiento de las órdenes impuestas en la presente providencia acarrea las sanciones consagradas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, por lo que deberá allegar al plenario la prueba de haber cumplido. (Cfr. Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

**QUINTO:** Notificar, por el medio más expedito, la presente decisión a todas las partes, advirtiéndole de los recursos que proceden frente a la misma, al tenor de los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO:** REMITIR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente a la ejecutoria del mismo, el presente fallo si no fuere impugnado, tal como lo establece el artículo 31 del citado decreto.

**SEPTIMO:** Se ordena el archivo del presente trámite una vez regrese de la Corte Constitucional.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**DIANA MILENA SABOGAL OSPINA  
JUEZA**

Firma escaneada conforme el art. 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho