



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN  
DE SENTENCIAS DE CALI**

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 62

Santiago de Cali, 28 de marzo de 2023

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: STEPHANIE URIBE LERMA  
ACCIONADO: COMFENALCO VALLE  
VINCULADO: ASERLOGINT COLOMBIA SAS  
MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL  
SUPERINTENDENCIA DE SALUD  
ADRES  
RADICACIÓN: 009-2023-00057-00

**I.- OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO**

Proveer acerca de la acción de tutela instaurada por la señora STEPHANIE URIBE LERMA actuando en nombre propio en contra de COMFENALCO VALLE, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al pago oportuno de la licencia de maternidad y El derecho a la protección especial de la mujer en estado de embarazo y de los niños.

**II.- ANTECEDENTES**

En la tutelan se relatan los que a continuación se indican:

- “1. El 13 de enero de 2023 inicié mi licencia de maternidad, la cual estaba programada para tener una duración de 18 semanas que corresponden a la licencia de maternidad de acuerdo con la ley colombiana y que finalizan el 18 de mayo de 2023.*
- 2. Desde entonces, he cumplido con los requisitos legales y los procedimientos necesarios para recibir el pago correspondiente de la licencia de maternidad.*
- 3. A pesar de esto, la entidad Comfenalco E.P.S., ha incumplido con su obligación de realizar el pago de la licencia de maternidad en el plazo establecido por la ley.*
- 4. La empresa de la cual soy empleada ASERLOGINT COLOMBIA SAS identificado con NIT. 901381714. No tiene mas empleados afiliados a la EPS Comfenalco por lo cual no ha sido posible el pago de mi incapacidad.*
- 5. La respuesta reiterada de Comfenalco E.P.S que ASERLOGINT COLOMBIA SAS realice el pago con los aportes de otros trabajadores, pero al ser la única empleada, la empresa no tiene la capacidad económica para realizar dicho pago.*
- 6. He realizado varios intentos por comunicarme con la entidad y solucionar el problema, sin embargo, no he obtenido ninguna respuesta satisfactoria*
- 7. Teniendo en cuenta que soy una madre cabeza de hogar y he sido vulnerada por parte de COMFENALCO EPS a que ellos me liquiden el total de mi incapacidad a el empleador o a mi como madre afectada para yo poder garantizarle un digno derecho fundamental a mi recién nacido”.*

Por lo que solicita al despacho:

- “1. Que se ordene a la entidad Comfenalco E.P.S. el pago inmediato de la totalidad de la licencia de maternidad pendiente de pago, de acuerdo con lo establecido en la ley.*

2. Que se ordene a la entidad Comfenalco E.P.S. establecer un mecanismo para asegurar el pago oportuno de las licencias de maternidad en el futuro, de manera que se garantice la protección de los derechos fundamentales de las mujeres en estado de embarazo y de los niños.

3. Que se ordene cualquier otra medida o acción que su despacho considere pertinente”.

### III.- TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado profirió auto interlocutorio No. 646 del 16 de marzo de 2023, en el cual admitió la Acción de Tutela en contra de la COMFENALCO VALLE a quien se le concedió un término de dos (02) días para su contestación. Así mismo se vinculó a ASERLOGINT COLOMBIA SAS, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL SUPERINTENDENCIA DE SALUD y ADRES

#### **Contestación de la parte accionada:**

#### **EPS COMFENALCO VALLE**

En escrito allegado por la Gerente Regional Suroccidente de EPS FAMISANAR SAS allegó escrito de contestación en la que señaló:

Una vez revisados los hechos y el acervo probatorio de la acción de tutela, se solicitó apoyo técnico al área de Prestaciones Económicas a través de la encargada de cumplimientos de fallos de tutela del área Derly Andrea Suarez, quien después de realizar las validaciones pertinentes remitieron las actuaciones desplegadas por la EPS en el caso en mención:

Atendiendo a la solicitud realizada se procede a validar en nuestro sistema el estado de la Licencia de Maternidad de la usuaria STEPHANIE URIBE LERMA CC 1144170782 la cual se encuentra NO AUTORIZADA a cargo del Empleador ASERLOGINT COLOMBIA SAS NIT:901381714.

El usuario se encuentra afiliado a la EPS Comfenalco Valle en calidad Cotizante Dependiente:

Es de aclarar que la obligación del empleador cancelar las incapacidades en la periodicidad de la nómina sin que se vea afectado el trabajador de acuerdo a la Circular 011 del 1995:

*“El pago lo hará directamente el empleador al afiliado cotizante dependiente, con la misma periodicidad de su nómina, los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde esté afiliado el cotizante. Cuando se presenten traslados de EPS, los descuentos deberán ser realizados a la nueva entidad en su primer pago quien repetirá en la parte correspondiente ante la anterior”*

Decreto 019 de 2012 artículo 121 Ley Anti trámites:

*“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.” (negrilla propia)*

*Por lo anterior es importante vincular al empleador para verificar el pago de las incapacidades que son objeto de la demanda.*

*De acuerdo al Decreto 1427 del 29 de julio del 2022. Licencia de maternidad y de paternidad. Artículo 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica*

derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.
2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.
3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les 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, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo anterior, la fecha límite del aporte de la empresa de acuerdo a sus últimos dígitos en el mes de enero correspondía al 04/01/2023 y de acuerdo a la base de datos de la EPS realizaron el aporte el día 27/02/2023 y el 30/01/2023

mes	Des últimos dígitos de tu documento de identidad o dos últimos dígitos del NIT sin incluir dígitos de verificación																							
Enero	00 al 07	08 al 14	15 al 21	22 al 28	29 al 35	36 al 42	43 al 49	50 al 56	57 al 63	64 al 69	70 al 75	76 al 81	82 al 87	88 al 93	94 al 99									
	3	4	5	6	10	11	12	13	16	17	18	19	20	23	24									
	miércoles	miércoles	jueves	viernes	domingo																			

Estado	Tipo	Afiliado	TC	Planilla	Fecha Pago	Aportante	Ing	Ret	Tda	Taa	Vsp	Vst	Sln	Ige	Lma	Vac	Periodo	Dias	Salario
COMPENSADO	1	1144170782	1	1052911237	2023/02/27	901381714											202302	30	1,160,000
COMPENSADO	1	1144170782	1	61005761	2023/01/30	901381714											202301	30	1,000,000
COMPENSADO	1	1144170782	1	1052913101	2023/02/27	901381714											202301	30	1,160,000

Numero Incapacidad	Estado	Tipo Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Es Prorroga	Días Incapacidad
90100057	No Autorizada - Pago extemporáneo de aporte del mes inicio. Artículo 2.2.3.2.1 decreto 1427 de 2022	LM	20230113	20230518	N	126

Por tal motivo solicita:

**PRIMERA:** Declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia en contra de CONSORCIO SALUD EPS COMFENALCO VALLE, identificado con el NIT NO. 901.160.610-7, por no cumplirse con los requisitos de procedibilidad, en concreto, con el requisito de subsidiariedad por existir mecanismos alternativos de defensa judicial eficaces e idóneos para reclamación de la presente situación y por evidenciarse la ausencia de un perjuicio irremediable.

**SEGUNDA:** COMPULSAR COPIAS AL MINISTERIO DEL TRABAJO con el fin que proceda a adelantar investigación de la posible conducta dolosa del empleador del accionante y sus faltas a la normatividad laboral.

**TERCERA:** ORDENAR al EMPLEADOR que en adelante, cumpla con sus obligaciones frente a las afiliaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, cancelando aportes dentro de los términos estipulados por ley y cancele las incapacidades conforme la periodicidad de la nómina a todos sus trabajadores, so pena de las investigaciones y sanciones pertinentes tanto en ámbito constitucional como en ámbito legal laboral”.

### **Entidades vinculadas:**

**ADRES** por intermedio de apoderado judicial JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO indicaron que:

*“...De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento prestacional que nos ocupa, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.*

*Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso dejar en claro que el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de las incapacidades, teniendo en cuenta la duración de la misma. En este punto se reitera, dicha carga legal no está en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.”*

Quien Solicita se declare improcedente la presente acción de tutela.

**SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, por medio de CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMIREZ, en calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud indicaron que:

*“Frente a la vinculación de la Superintendencia Nacional De Salud, al trámite de acción de tutela de la referencia, he de indicar que resulta improcedente, lo anterior teniendo en cuenta que, una vez analizada la presente acción de tutela y las manifestaciones realizadas en el escrito de tutela por la parte accionante, pretende que se le realice el pago de la licencia de maternidad. No obstante, deberá tenerse en cuenta por el Despacho, que una vez consultada la Base de Datos Única de Afiliados - BDUA, del Sistema General de Página 2 de 20 Carrera 68 A N.º 24 B - 10, Torre 3 - Pisos 4, 9 y 10 | PBX +57 601 744 2000 • Bogotá D.C. [www.supersalud.gov.co](http://www.supersalud.gov.co) CIFL02 Estamos certificados Seguridad Social en Salud, a través de la página web de Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, se advierte que la parte accionante registra afiliación ante: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA “COMFENALCO VALLE DE LA GENTE”*

*Lo que permite corroborar la inexistencia del nexo causal por parte de esta Superintendencia entre el hecho y la violación de derecho, toda vez que el acceso efectivo a los servicios de salud, están a cargo del asegurador. Ante lo expuesto, es viable considerar que el derecho solo se viola o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones y la situación materia de amparo judicial, situación que no se ha presentado entre el accionante y La Superintendencia Nacional De Salud, de manera que se evidencia que esta entidad no ha infringido los derechos fundamentales aquí deprecados a la accionante”.*

Por lo que solicita que se declare la inexistencia de nexo de causalidad y falta de legitimación en la causa por pasiva de la superintendencia nacional de salud, así mismo solicita ser desvinculado de la presente acción constitucional.

**ASERLOGING COLOMBIA S.A.S**, por intermedio del señor RUFINO MOSQUERA TORRES en calidad de representante legal indico que:

*“PRIMERO: Que el 02 de febrero del 2022 la señora Stephanie Uribe Lerma, quien se identifica con la CC 1.144.170.782 inicio su contrato laboral con la suscrita empresa, siendo su labor contrata como secretaria, hasta la fecha. SEGUNDO: Que el 13 de enero de 2023 inicio su licencia de maternidad, la cual estaba programada para tener una duración de 18 semanas que corresponden*

a la licencia de maternidad de acuerdo con la ley colombiana y que finalizan el 18 de mayo de 2023.

*TERCERO: si bien es cierto los aportes a seguridad social fueron cancelados en tiempos distintos a los estipulados, pero con la salvedad que fueron continuos, se observa con la correspondiente consulta en FOSYGA- ADRESS, que los mismos se encuentran compensados*

*PRETENSIONES PRIMERO: actuando en mi calidad de vinculado y en mi calidad de representante legal de ASERLOGING COLOMBIA S.A.S, identificada con el Nit 901381714-2 dentro del proceso de la referencia, solicito al despacho que ordene a la entidad accionada COMFENALCO VALLE el pago correspondiente a la licencia de maternidad, ya que si bien es cierto como se explicó en el acápite de los hechos (los pagos tardíos), la entidad accionada tiene la obligación de allanarse a la mora”*

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, a través del abogado OSCAR FERNANDO CENTINELA BARRERA, manifestó que:

*“En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones, tal y como se sustentará más adelante.*

*En consecuencia, solicitamos respetuosamente exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que como se explicó todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación, sin embargo, en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitamos se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES”.*

#### **IV.- CONSIDERACIONES**

- 1.-** Este despacho es competente para asumir y definir el trámite constitucional iniciado por la accionante.
- 2.-** El problema jurídico que se somete a consideración del despacho estriba en determinar si existe o no vulneración del derecho fundamental de la parte accionante, a cargo de la parte accionada.
- 3.-** La acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley.

Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza de derechos fundamentales de quien

solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual de la garantía constitucional afectada.

## **V.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **COMPETENCIA.**

Corresponde al despacho conocer de la presente acción en virtud de lo dispuesto en el ordinal 2, del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo previsto en el Decreto 1382 de 2000, Decreto 1065 de 2015, Decreto 1983 de 2017 y Decreto 333 de 2021, que asigna a los juzgados de categoría municipal, el reparto de esta clase de solicitudes de amparo.

### **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.**

Conforme al artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

Valido también resulta destacar que la acción de tutela puede ser promovida a nombre propio, toda vez que el trámite de este mecanismo se erige sobre el postulado de informalidad en aras de que cualquier persona que no tenga conocimientos jurídicos pueda tener acceso a la administración de justicia, como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones:

*“La acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales, nacional o extranjero, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente por quien actúe a su nombre”<sup>1</sup>*

Dicho esto, es menester indicar que el presente trámite ha sido incoado a nombre propio, tal como se desprende del escrito de tutela, encontrándose acreditados los supuestos establecidos por el máximo Tribunal Constitucional para la viabilidad de la interposición de esta acción de amparo.

En la legitimación en la causa por pasiva, aquella tiene relación con la capacidad legal de la accionada para ser llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales; en el caso particular, el llamado a responder es la accionada ante el no pago de incapacidades médicas que se reclaman por esta vía.

### **DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ QUE GOBIERNA LA ACCIÓN DE TUTELA.**

La jurisprudencia constitucional tiene dicho que en todos los casos la acción de tutela debe ejercerse “dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso”<sup>2</sup>

En la Sentencia C-543 de 1992 la Corte consideró que el artículo 86 constitucional prohíbe fijar términos de caducidad para la presentación de las acciones de tutela, pues “desde su configuración constitucional la tutela es un medio de defensa judicial que las personas pueden ejercer ‘en todo momento’, para proteger sus derechos fundamentales”, pero la circunstancia de establecer “términos razonables” para el uso de la tutela, a juicio del alto tribunal, no se opone a la protección inmediata de derechos fundamentales.

En la sentencia T-691 de 2009 citada, la corte repasa sus pronunciamientos sobre el principio de inmediatez en el uso de la acción de tutela, destacando que: “Hay que recordar que la tutela es una acción de aplicación preferente y sumaria, para la efectiva defensa del derecho objeto de violación o amenaza, y no le es propio remplazar los procesos especiales ni ordinarios correspondientes; el propósito específico de su consagración es brindar a la

---

<sup>1</sup> Sentencia T – 493 de 2007

<sup>2</sup> T-691-09.

persona la protección inmediata, efectiva y actual de sus derechos fundamentales, careciendo de sentido que quien padece el quebrantamiento de una garantía valiosa no la reclame oportunamente”.

Así las cosas, el principio de inmediatez exige que se ejercite la acción de tutela dentro de un plazo razonable y oportuno, pues de lo contrario se desvirtúa la naturaleza y finalidad del amparo constitucional como garantía de los derechos fundamentales, al igual que se dejaría pasar la inactividad, negligencia o indiferencia de quienes debieron buscar la defensa de sus derechos en tiempo y no lo hicieron. También se pretende, con la aplicación de este principio, evitar que la tutela se convierta en un factor de inseguridad jurídica”.

Insiste la Corte en otro de sus pronunciamientos sobre ese particular: “Por lo tanto, aunque no sea válido establecer “de antemano un término para interponer la acción, debe mediar entre la violación y la interposición del amparo un plazo razonable, pues de lo contrario la tutela podría convertirse en un factor de inseguridad, con la virtualidad de afectar derechos de terceros” (Sentencia T-504 de 2009). Ese “plazo razonable” es consustancial a las regulaciones procedimentales de la acción de tutela y determina en gran medida el campo de acción del juez de tutela, pues su orden debe estar respaldada por la urgencia e inmediatez, “en presencia de las cuales la Constitución lo autoriza a modificar una situación de hecho a través de un proceso sumario y expedito en el tiempo. (...) Incluso, la real configuración de una trasgresión a los derechos fundamentales se pone en duda cuando la demanda de tutelase interpone en un momento demasiado alejado de la ocurrencia del hecho que supuestamente la generó”.<sup>3</sup>

En la misma providencia, la Corte señala que en los siguientes eventos específicos es aceptable consentir un lapso entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela: Cuando “se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros” (Subraya el Juzgado).

Bajo esos criterios de proporcionalidad concluye el precedente de la Corte que la acción de tutela debe ser ejercida en un plazo razonable, dada su finalidad, el cual debe ser ponderado por el Juez constitucional según las particulares circunstancias del caso concreto, “Porque ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la larga espera para acudir ante el juez constitucional desvirtúa la necesidad de garantizar los derechos fundamentales por vía de tutela, por la inactividad, negligencia o indiferencia de quienes debieron buscar en tiempo <sup>4</sup>

## **SUBSIDIARIEDAD.**

Encontrándose frente este principio como requisito de procedibilidad de la presente acción constitucional, resulta prudente y oportuno hacer claridad que por su carácter residual y subsidiario, debe analizarse bajo la noción de plazo razonable atendiendo las particularidades que identifican cada caso en concreto, así pues, se debe comprender que al hablarse de razonabilidad es inexorable el estudio de un aspecto sustancial como la finalidad de la acción, de ahí que en virtud de ello se presuma una protección urgente e inmediata de derechos fundamentales.<sup>5</sup>

Ahora bien, el requisito de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución Nacional, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido

---

<sup>3</sup> T-158 -06.

<sup>4</sup> Ver nota al pie 2

<sup>5</sup> Sentencia T – 246 de 2015

de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

## **LA ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO EXCEPCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES DE CARÁCTER LABORAL Y ECONÓMICO.**

Tratándose del reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como las acreencias laborales o los auxilios por incapacidad médica, los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios, por lo que en principio la acción de tutela es improcedente y solo en casos excepcionales procede según las características especiales de cada caso, cuando el medio judicial no es eficaz para lograr la protección del derecho; cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable; cuando se trata de una persona de la tercera edad, cuyo estado de indefensión no le permite esperar los trámites propios de un proceso ordinario y por último, cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o de su familia, entendido como: *“así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo, no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario, en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana”*<sup>6</sup>.

En el mismo sentido, la colegiatura en mención ha puntualizado que en tratándose de pago de incapacidades, la acción de tutela es procedente de manera excepcional por las siguientes razones:

*“En primer lugar, porque el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores. Así, se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso económico con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, tal como el salario. En segundo término, por cuanto el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues gracias a su pago, aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.*

*Por último, dado que los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.*

*En suma, la acción de tutela es procedente de manera excepcional para reclamar el pago de incapacidades laborales por la importancia que estas prestaciones revisten para la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana”*<sup>7</sup>.

Del mismo modo, el Máximo Tribunal Constitucional con relación al pago de acreencias laborales ha determinado los eventos en los cuales se permite su procedencia excepcional:

*“A pesar del carácter subsidiario de la tutela, pueden llegar a reclamarse acreencias laborales a través de esta acción, siempre y cuando se demuestre (i) que por la ausencia de pago de las mismas se vulnera un derecho fundamental, (ii) que los mecanismos con los que cuenta quien se considere afectado por el no reconocimiento de una acreencia laboral, no sean eficaces ni idóneos o (iii) que se está en presencia de la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, la Sala advierte que el reconocimiento de una acreencia laboral debe ser decretado por el juez de tutela cuando éste evidencie que su intervención es imprescindible para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable o encuentre que los mecanismos ordinarios de protección judicial resultan inanes para garantizar el derecho fundamental amenazado o vulnerado.”*<sup>8</sup>

Queda claro entonces que existe una sólida línea jurisprudencial en la cual se reconoce la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales cuando la falta de pago de las mismas amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y/o a la vida digna de la persona que depende exclusivamente de dichos ingresos para la atención de sus necesidades

---

6 Sentencia T-1001 de 1999

7 Sentencia T – 956 de 2006

8 Sentencia T – 352 de 2011

personales y familiares, toda vez que en estos eventos, el mecanismo ordinario de defensa se torna ineficaz ante la inminencia y gravedad del perjuicio.

En cuanto al allanamiento a la mora, ha sido una figura reconocida por la jurisprudencia constitucional cuando el empleador o el trabajador independiente no ha cancelado los aportes o los ha pagado extemporáneamente a la entidad promotora de salud y esta no ha realizado todas las gestiones tendientes a obtener el pago oportuno del empleador, no podrá negarse a cancelar la incapacidad pertinente, lo que en otras palabras implica que en aquellos casos en los cuales las empresas prestadoras de servicios de salud no han hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes, éstas se allanan a la mora y, por ende, no pueden fundamentar el no reconocimiento de una licencia, ya sea por maternidad o incapacidad laboral, en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones, siendo responsables del descargo efectivo la prestación.<sup>9</sup>

## **DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.**

La licencia de maternidad garantiza a la mujer trabajadora, que, al término del embarazo, esto es, para la época del parto y durante el período requerido tanto para su recuperación física como para el cuidado y atención del recién nacido, recibir la remuneración requerida para atender a su subsistencia, la de su hijo y demás personas bajo su cargo y dicha prestación corresponde a una licencia remunerada de dieciocho (18) semanas. Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la Ley 1822 del 4 de enero de 2017.

En lo que respecta a los requisitos legales exigidos a las trabajadoras para el reconocimiento de la licencia de maternidad, el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 47 de 2000 establecen los siguientes: *“1. Haber pagado de manera oportuna y completa las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho.”* y *“2. Haber cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación.”*

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha recabado sobre la importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, poniendo de relieve que el examen de los precitados requisitos legales debe realizarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas y que la exigencia de cotizar al SGSSS por un período igual al de la gestación, no debe aplicarse de manera estricta, pues hacerlo conlleva en algunos casos a hacer nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca esta prestación económica, cuando compromete la subsistencia y vida digna, tanto de la madre como de su hijo recién nacido, vulnerando los principios y valores consagrados en la constitución política y en los tratados internacionales que consagran dicha protección. (T-298 -07).

La prevalencia de ese amparo constitucional ha sido analizado en casos particulares en los cuales se ha presentado falta de continuidad por desvinculación de la trabajadora dependiente su posterior afiliación como trabajadora independiente, y en casos de falta de pago de la cotización de un período, ha ratificado que la extemporaneidad en el pago de los aportes no constituye una justa causa para negar el pago de la licencia, pues en tales casos se debe acudir al principio de continuidad y de allanamiento a la mora que opera con el recibo de la suma debida, sin que proceda la suspensión del servicio ni la pérdida de la antigüedad, y tales consideraciones respecto de dichas circunstancias llevaron a la H. Corte Constitucional a concluir que resulta desproporcionado darle aplicación a estos requisitos sobre lo verdaderamente sustancial, que se concreta en el descanso remunerado en la época del parto, que le garantice a la madre y a su recién nacido, condiciones adecuadas.

De allí que, al presentarse esta situación, proceda excepcionalmente la acción de tutela para ordenar el pago de la licencia de maternidad, previa inaplicación de las normas que resultan inconstitucionales, dando prevalencia a las garantías supraleales que entran a gobernar el caso. Dice la Corte en el citado fallo: *“Ante la solicitud de reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, las Entidades Prestadoras de Salud del Régimen Contributivo deben verificar que la trabajadora afiliada cumpla los requisitos aludidos. Sin embargo, de manera excepcional de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, es posible otorgar la licencia por maternidad aun cuando algunas de estas exigencias no se han cumplido”*

---

<sup>9</sup> Ver sentencias T- 413 y T-855 de 2004.

## VI.- CASO CONCRETO

En el caso sub-examine de conformidad a las pruebas obrantes en el plenario, resulta evidente que la accionante, se encuentra afiliada al Régimen de Seguridad Social de Salud a través del E.P.S. COMFENALCO VALLE, por cuenta de la empresa ASERLOGINT COLOMBIA SAS; así mismo se verifica que a la accionante se le concedió licencia de maternidad a partir del 13 de enero de 2023 hasta el 18 de mayo de 2023.

Pues bien, como se anticipó en líneas precedentes la acción de tutela de manera general se torna improcedente para el reclamo de acreencias laborales como la solicitada en esta oportunidad al contar con otros mecanismos de defensa judicial, pero estima este juzgado que la vía escogida por la accionante resulta viable porque la falta de reconocimiento y pago de la incapacidad supone la trasgresión a su derecho a la seguridad social y al mínimo vital que se ha extendido en el tiempo sin conjurarse la vulneración, pues tal como sostuvo no ha obtenido el descargo de la prestación que constituye el ingreso para solventar sus necesidades, más aun tratándose de una mujer con un recién nacido a su cargo, afirmación a la que se suma la condición de necesidad que atraviesa, aseveración que huelga aclarar, no fue desvirtuada por la entidad demandada.

Frente a los requisitos de procedibilidad de acción de tutela en el caso en concreto y en especial el de inmediatez, vale destacar que no existen reglas estrictas e inflexibles para determinar la inmediatez en la solicitud de tutela. Su apreciación se fundamenta en la valoración de las circunstancias del caso, para justificar la “inactividad” de quien pide la protección de sus derechos fundamentales.

Así, es claro que la accionante ha agotado los mecanismos ordinarios con la finalidad de que se le reconozcan y cancelen las prestaciones económicas a las que alude tiene derecho, y dentro de un término prudente, pues huelga resaltar que al momento de la interponer el resguardo constitucional, han pasado 2 meses desde que comenzó su licencia de maternidad, pues la misma empezó el 13 de enero del presente año.

Bajo los planteamientos descritos en el párrafo anterior, resulta incontestable que al ostentar la parte actora la condición de mujer con fuero de maternidad, se ubica como un sujeto de especial protección que abarca no sólo la gestación, sino también, los meses posteriores al parto, inclusive el término para promover acción de tutela reclamando el pago de la licencia de maternidad, se amplió al primer año de vida del niño.

Lo anterior lleva a concluir, que la llamada a responder por el pago de la incapacidad y de la licencia de maternidad, es la EPS accionada, porque, es la entidad facultada por la ley, para liquidar, recibir, y disponer de los recursos del sistema de seguridad social en este particular tema, una vez haya recibido el dinero de los aportes, destinados específica y precisamente para asumir estas contingencias, máxime porque aplicando las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en lo que atañe a “El pago de total o parcial de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta el periodo dejado de cotizar, así que “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”. De modo que, debe cubrir la EPS, el monto total de la licencia, atendiendo este precedente constitucional.

Ahora, frente a la presunta mora del empleador de la accionante en el pago de sus aportes al SGSSS, que lo excluiría del beneficio de recibir el pago de las incapacidades, la información consignada en el libelo de mandatorio y lo reportado en la página web de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, consulta afiliado compensado<sup>10</sup>, dan cuenta que actualmente la accionante tiene compensado los pagos de aportes al SGSSS, durante todo el periodo de gestación si en cuenta se tiene que según la historia clínica acompañada al plenario, su menor hijo nació a la semana 40, por lo que no existe ningún impedimento para el reconocimiento de la totalidad del auxilio económico. su reconocimiento.

---

10 <https://www.adres.gov.co/eps/regimen-contributivo/Paginas/afiliados-compensados.asp>

Con todo, la Corte Constitucional ha indicado en numerosas sentencias “**que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía o incompleta las cotizaciones a salud de un trabajador, si la EPS demandada no lo requiere para que cumpla a cabalidad, ni rechaza el pago que realiza fuera del término, se entenderá que se allanó la mora y, por tanto, la EPS se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador**”.

En términos prácticos, siempre que el dinero de los aportes al SGSSS haya ingresado a las arcas del sistema y de contera a la EPS, no hay lugar para negar el pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad. (Negrilla y subrayado fuera el texto)

El desarrollo jurisprudencial de la figura del allanamiento a la mora, lleva a inferir que ésta no se consolida cuando la Promotora de Salud adelanta las gestiones de cobro pertinentes ante el empleador incumplido o moroso, de ahí, que la entidad que pretenda valerse de este supuesto tiene la obligación de demostrarlo, sin embargo, en el presente caso, no se acreditó que la EPS accionada haya emprendido diligencias para obtener el descargo, no rechazó el pago de las cotizaciones, tampoco suspendió la afiliación o la prestación de los servicios de salud a voces de lo disciplinado en el artículo 73 y 74 del Decreto 2353 de 2015.

En ese sentido, la tutela debe prosperar en contra de EPS COMFENALCO VALLE., para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho, reconozca y pague la licencia de maternidad concedida a la accionante, acreditada en el plenario.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital y móvil, invocados por la señora STEPHANIE URIBE LERMA, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.** - En consecuencia, se ordena a EPS COMFENALCO VALLE, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a reconocer, liquidar y pagar conforme a la ley a la señora STEPHANIE URIBE LERMA la licencia de maternidad objeto de estudio en esta tutela.

**TERCERO:** Prevenir a la entidad accionada, para que no incurra en los actos que dieron lugar a la concesión del presente amparo, y que en caso de renuencia puede incurrir en desacato.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** a las partes por el medio más expedito. No obstante, ante la eventual imposibilidad de enterar a las partes o a terceros interesados en las resultas de la presente acción constitucional, súrtase dicho trámite por AVISO el que deberá fijarse en la página web de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

**QUINTO:** De no ser impugnado el presente fallo, se dispone ENVIAR la presente acción de tutela a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 32 del decreto 2591 e1991.

**SEXTO:** Una vez consultada en SIICOR la exclusión de la presente tutela, por secretaria archívese

NOTIFÍQUESE

ANGELA MARÍA ESTUPIÑÁN ARAUJO  
JUEZ