



San Gil, Trece (13) de Marzo de Dos Mil Veinticuatro (2024)

Sentencia No. 037 Radicado 2024-00026-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por la Dra. DIANA PIMIENTO BADILLO, en calidad de apoderada de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.966.870 expedida en San Gil, Santander, en contra de la **NUEVA E.P.S. y CONSORCIO SALUDDAR 2018**, por la presunta transgresión de las garantías primarias a la Vida, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital.

## I. ANTECEDENTES

La prenombrada ciudadana, promovió a través de apoderada, acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S. y CONSORCIO SALUDDAR 2018, propendiendo por la protección de los Derechos Fundamentales a la Vida, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital, con base en los siguientes,

## II. HECHOS

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

Expone que, a la fecha de presentación de la acción de tutela, la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, se encuentra vinculada por medio de contrato de trabajo a término por obra o labor, con el CONSORCIO SALUDDAR 2018, desde el 09 de febrero de 2023. Que, por incumplimientos en el pago de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador, el 04 de agosto de 2023, se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, culminando con acuerdo conciliatorio por lo adeudado.

Manifiesta que la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, tuvo el nacimiento de su hijo E.P.V., el día 01 de noviembre de 2023, teniendo licencia de maternidad desde la respectiva fecha hasta el 05 de Marzo de 2024, realizando el debido reporte a su empleador, sin obtener a la fecha reconocimiento alguno por parte de las accionadas. Por lo anterior, manifiesta existe vulneración de derechos fundamentales de la madre como del hijo recién nacido, toda vez que de su salario dependen económicamente ella y sus dos hijos.

Aportó como pruebas los siguientes documentos:

- Certificado de afiliación correspondiente de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, a la NUEVA E.P.S., en estado suspendido.
- Acta de Conciliación No. 057-2023 ante el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de San Gil, Santander.
- Contrato de trabajo a termino por obra o labor, suscrito entre el CONSORCIO SALUDDAR 2018, representado legalmente por el señor RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS y la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA.
- Historia clínica de fecha 01 de Noviembre de 2023.
- Certificado de Licencia de maternidad No. 403010000023604.
- Registro civil de nacimiento del menor E.P.V. con Indicativo serial No. 63796487.
- Poder otorgado a la Dra. DIANA PIMIENTO BADILLO.
- Captura de pantalla del 01 de marzo de 2024 consistente en el envío del poder por parte de la accionaria.



### III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluyó, que lo pretendido por la accionante es que se tutelen sus Derechos Fundamentales a la Vida, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital, y en consecuencia se le ordene a las accionadas que, en un término perentorio, reconozca y pague la Licencia de Maternidad expedida mediante certificado de incapacidad No. 403010000023604., emitida el pasado 01 de Noviembre de 2023, que comprende el periodo entre el día primero (01) del mismo mes y año, hasta el cinco (05) de marzo de 2024, esto es por el término de 126 días, así como el pago de salarios adeudados correspondiente al saldo del mes de julio de 2023 y salarios completos de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2023.

### IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por correo electrónico, de la oficina de Apoyo Local, según acta de reparto virtual N° 6133 de fecha 01 de marzo del año en curso, este Despacho admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a las accionadas para que efectuaran pronunciamiento y ejercieran su derecho Constitucional de Defensa y Contradicción.

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

#### **NUEVA E.P.S**

Mediante correo electrónico fechado el 05 de marzo de 2024, el Dr. MARCO ANTONIO CALDERON ROJAS, en calidad de apoderado especial de la llamada, expuso que una vez verificado el sistema integral de la NUEVA E.P.S., se evidencia que la accionante se encuentra en estado suspendido, para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo Categoría A, por lo tanto que la beneficiaria debe encontrarse al día en la cancelación de sus aportes al Sistema de Seguridad Social, para la materialización del derecho.

Manifiesta que la NUEVA E.P.S., no se encuentra facultada para proceder a realizar el pago directamente a nombre de la accionante, toda vez que le corresponde al empleador o aportante cobrar a la E.P.S. los valores por licencias o incapacidades y reconocer en la periodicidad de la nómina dichos valores a sus empleados y en ningún caso, deberá trasladar esta responsabilidad a su trabajador.

Expone además que existe por parte de la afiliada un abuso del derecho y mala fe, basando su argumento en el Decreto 2353 del 2015, el cual indica que en los casos en que existe variación del IBC y el mismo exceda el 40% respecto al promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración. Anexando para ello captura de pantalla del cuadro de consulta en el sistema integral de la NUEVA E.P.S., donde se evidencia una variación del IBC en el pago de seguridad social correspondiente a los meses de febrero y marzo de 2023, evidenciándose además que se realizó el pago de los meses de abril a septiembre de 2023, en un solo día, esto es 01 de septiembre de 2023 y pago del mes de octubre fue realizado el 01 de noviembre de 2023, tal como se evidencia en el siguiente cuadro:



	EPS	Periodo	Planilla	F.Pago	EXO	TP	TC	F.Grabación	I.B.C.	Aporte	Dias	Aportante
Imagen	EPS037	FEB-2023	881053553678A	23/03/2023	S	E	1	23/03/2023	193,334	7,800	5	NT 900964222
Imagen	EPS037	MAR-2023	8627502204	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	850,667	34,100	22	NT 901234963
Imagen	EPS037	APR-2023	8627502207	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	MAY-2023	8627502323	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	JUN-2023	8627502372	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	JUL-2023	8627502595	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	AUG-2023	8627502597	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	SEP-2023	8627502599	01/09/2023	S	E	1	02/09/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963
Imagen	EPS037	OCT-2023	8628077709	01/11/2023	S	E	1	02/11/2023	1,160,000	46,400	30	NT 901234963

Respecto al pago de la licencia de maternidad, manifiesta que es obligación del empleador adelantarla de manera directa ante las Entidades Promotoras de Salud, y que en consecuencia, éste seguirá pagando al trabajador en incapacidad o licencia de maternidad el salario que normalmente venía cobrando, en las fechas en que regularmente estaban pagando, sustentado su argumento en el artículo 236 del código sustantivo del trabajo modificado por la ley 1822 de 2017. De igual manera, manifiesta que las discrepancias que surjan a raíz del reconocimiento del pago de la incapacidad entre empleador y la E.P.S., primero deberán acudirse ante la jurisdicción laboral, pues la actora no puede buscar que a través de la acción de tutela proceso caracterizado por inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que deben ser de conocimiento del Juez ordinario, con el fin de llevar a cabo un debate probatorio y así determinar si le asiste o no el derecho.

Por todo lo anterior, solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela presentada, por cuanto la accionante cuenta con otros medios de defensa como la justicia ordinaria, máxime que la acción de tutela no prevé desembolsos de dinero por conceptos de licencias de incapacidad. De igual manera, solicita que debido a las auditorías realizadas por la UGPP, con respecto a la variación de los pagos realizados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, el empleador debe allegar copia del contrato laboral, desprendibles de nómina de los últimos doce (12) meses anteriores a la fecha fin de la licencia de maternidad donde se refleje el pago con el IBC reportado a la fecha de inicio de esta y certificado de pago de seguridad social de la afiliada, en referencia relacionando los IBC de los últimos doce (12) meses anteriores a la fecha fin de la licencia de maternidad, firmada por contador y representante legal.

Sumado a lo anterior, manifiesta que en el caso de ser concedida la presente acción de tutela, se adicione en la parte resolutive del fallo, facultar a la NUEVA E.P.S., recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, reembolsar, de acuerdo a lo reglamentado respecto al cobro de licencias origen común, maternidad y paternidad en el régimen contributivo por parte de la E.P.S. a la ADRES, el cual se encuentra reglamentado en los artículos 2.1.13.5 y 2.6.1.1.2.1.0. del Decreto 780 de 2016.

- Poder de representación de la NUEVA E.P.S., suscrito por la Dra. SANDRA MILENA VEGA GÓMEZ, confiriendo poder al Dr. MARCO ANTONIO CALDERON ROJAS.



## CONSORCIO SALUDDAR 2018

Se deja constancia que este despacho se comunicó con el señor RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS, en calidad de Representante Legal del CONSORCIO SALUDDAR 2018, al número celular 3153986046 el cual se encuentra en el acta de conciliación aportada por la accionante, con el fin de indagar sobre dirección para notificaciones y correo electrónico de la entidad, manifestando como dirección la Carrera 33 No. 51 – 16 int. 303 cabecera de la ciudad de Bucaramanga, Santander y correo electrónico [consorciosaluddar2018@gmail.com](mailto:consorciosaluddar2018@gmail.com). Por lo anterior, se procedió a realizar notificación a la dirección otorgada por éste, toda vez que la dirección electrónica dada por la accionante se encontraba errónea.

Mediante correo electrónico de fecha 08 de marzo de 2024 a través de la dirección electrónica [consorciosaluddar2018@gmail.com](mailto:consorciosaluddar2018@gmail.com), dejan en conocimiento del despacho que la mencionada dirección corresponde a un correo interno entre los consorciados, el cual se revisa muy esporádicamente, por lo que no respondieron en término, además que el correo correspondiente a notificaciones judiciales es [salcedo\\_cardenasarquitectos@yahoo.com](mailto:salcedo_cardenasarquitectos@yahoo.com) adjuntando el RUT, donde se evidencia correo corporativo. De igual manera, solicitan al Despacho volver a enviar el escrito de tutela, toda vez que no han podido descargarlo.

Por lo anterior, mediante Auto del 08 de marzo de 2024, en aras de asegurar el debido proceso y el derecho de defensa, se dispuso tenerlos por notificados en legal forma, y ordenar el reenvío de los documentos a los correos electrónicos [consorciosaluddar2018@gmail.com](mailto:consorciosaluddar2018@gmail.com) - [salcedo\\_cardenasarquitectos@yahoo.com](mailto:salcedo_cardenasarquitectos@yahoo.com), otorgándoles un término de ocho (08) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación, para informar a este despacho lo concerniente a la presente acción de tutela.

A través del correo electrónico recibido el 08 de marzo de 2024 a las 17:55 p.m. informa el CONSORCIO SALUDDAR 2018, que persisten los inconvenientes en la descarga del documento consistente en el escrito de tutela, por lo que este Despacho, procede a enviar la correspondiente documentación vía WhatsApp del representante legal, señor RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS (3153986046), siendo recibidos por el accionado a las 18:27 p.m.

Que mediante correo electrónico la Dra. JENNY PAOLA LEÓN LEÓN, en calidad de apoderada del CONSORCIO SALUDDAR 2018, remite contestación a la acción de tutela interpuesta, manifestando al Despacho que efectivamente la señora ELIZETH JOHANA VELAZQUEZ, se encuentra vinculada laboralmente con la accionada, debido al foro de maternidad, toda vez que el contrato de obra No. 2083 consistente en la “CONSTRUCCION DEL NUEVO HOSPITAL INTEGRADO SAN PEDRO CLAVER DE MOGOTES, SANTANDER”, se encuentra suspendido desde el 28 de abril de 2023, por decisión de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER.

De igual manera manifiesta al Despacho, que no se ha podido cumplir totalmente con lo acordado en el acta de conciliación No. 057-2023 el cual se realizó ante el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de San Gil, Santander, toda vez que las cuentas se encuentran embargadas por proceso ejecutivo el cual se tramita en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, Santander, bajo el radicado 2021-000313, sin levantarse hasta la fecha medidas cautelares. De igual manera, que la cantidad se adeuda, no es la correcta, toda vez que, desde agosto de 2023, el salario correspondía a un salario mínimo mensual legal vigente, toda vez que cumplía una jornada de medio tiempo.

En lo referente a la Licencia de Maternidad, manifiesta que el empleador radicó ante la NUEVA E.P.S., lo correspondiente, sin obtener respuesta por parte de ésta, de igual manera, que el empleador no se ha negado al pago de la licencia de maternidad, pero debido a la falta de recursos económicos, no les ha sido posible cubrir dicho emolumento.



Por todo lo anterior, solicita al Despacho se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, en virtud del principio de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, por tanto, no es la acción de tutela el medio idóneo para reclamar las acreencias laborales.

- Acta de Conciliación No. 057-2023 ante el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de San Gil, Santander.
- Radicado de Incapacidad.
- Comprobante de consignaciones del 12 de septiembre, 2 de octubre y 3 de noviembre de 2023.
- Correo dirigido al Ministerio del Trabajo.
- Comprobante envío de solicitudes de levantamiento medidas cautelares y memoriales.
- Historial actuaciones consulta de procesos del ejecutivo singular 2021-00313.

## VI. CONSIDERACIONES

### A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

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

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

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

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

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



## B. COMPETENCIA.

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

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

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

## C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la accionante ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, tiene legitimación por activa para incoar la presente acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S. y CONSORCIO SALUDDAR 2018, toda vez que está asumiendo a través de su representante judicial, la defensa de sus Derechos Fundamentales presuntamente vulnerados por las entidades accionadas.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vemos que la presente tutela se dirigió en contra de la NUEVA E.P.S. y CONSORCIO SALUDDAR 2018, a quienes se les atribuye la presunta vulneración del derecho constitucional de la accionante.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Se atiene a este Juzgado en esta oportunidad, determinar si la NUEVA E.P.S., y/o CONSORCIO SALUDDAR 2018, vulneraron las prerrogativas fundamentales a la Vida, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital de la accionante ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA y su menor hijo E.P.V., al negarse a reconocer y pagar el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad, que consta en Certificado de incapacidad No. 403010000023604, emitido el pasado 01 de noviembre de 2023, que comprende el periodo entre el día primero (01) del mismo mes y año, hasta el cinco (05) de marzo de 2024, esto es por el término de 126 días, así como el pago de salarios adeudados por parte del empleador CONSORCIO SALUDDAR 2018 hacia la accionante y si es la acción de tutela el mecanismo idóneo para tal fin.

## VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Considera pertinente el Despacho traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la Dra. DIANA PIMENTO BADILLO, en calidad de apoderada de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, de los cuales busca su protección y la de su menor hijo E.P.V., donde la Corte Constitucional en su jurisprudencia<sup>1</sup> trató la procedencia de la Acción de Tutela para reclamar derechos prestacionales, como la licencia de Maternidad, pronunciándose de la siguiente manera:

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



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

*Requisitos de procedencia*

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

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

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

*12. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto<sup>2</sup>.*

*La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital<sup>3</sup>.*

*La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido<sup>4</sup>.*

*En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento<sup>5</sup>.*

*13. Estos requisitos, según el artículo 1º de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017<sup>6</sup> son los siguientes:*

*“Artículo 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: "Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. 2. Si se tratase de un salario que no*

<sup>2</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238.

<sup>3</sup> Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>4</sup> Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

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



sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, **la trabajadora debe presentar al empleador** un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

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

15. Asimismo, a través de la **Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017**, el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad<sup>8</sup>.

16. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras **dependientes**, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante **el empleador** un certificado médico, en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; b) la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras **independientes**, estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la E.P.S. y **el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento**. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza<sup>9</sup>.

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

<sup>8</sup> Consultar en: [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf)

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



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

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

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

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

Así mismo, en reciente jurisprudencia<sup>10</sup>, el alto Órgano de cierre Constitucional, puntualizó sobre el tema en concreto, lo siguiente:

***“(...) Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad***

1. El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “especial asistencia y protección del Estado” durante el embarazo y después del parto. En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad<sup>11</sup>. Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplada en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>12</sup>. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer después del parto materializa los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución social, y los derechos a la vida digna y al mínimo vital de ella y su hijo<sup>13</sup>.

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al

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

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

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

<sup>13</sup> Sentencia T-603 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



cuidado del niño o niña. Por otra parte, se materializa mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo o hija. Así, esta prestación cubre no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento.

### **La interrupción de cotizaciones durante el periodo de gestación**

2. El artículo 2.1.13.1 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 señala en su inciso primero que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad está sujeto a que “la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo de gestación”. No obstante, el inciso segundo prevé el pago proporcional a los días cotizados si se trata de trabajadoras independientes o, en el caso de las trabajadoras dependientes, si inició una vinculación laboral durante el periodo de gestación<sup>14</sup>. En una línea similar, la posición de esta Corporación ha sido que la falta de cotización de todos los periodos durante la gestación:

“no debe tenerse como justificación para negar el pago de la licencia en mención ya que cada caso debe analizarse de acuerdo con circunstancias en que se encuentra quien lo solicita, de esta forma, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, éste debe proceder a proteger los derechos fundamentales tanto de la madre como del recién nacido”<sup>15</sup>.

Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación<sup>16</sup>. La primera regla es que, si la afiliada cotizante no aportó durante **más de dos meses** de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad **proporcional** al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante **dos meses o menos** de su gestación, tendrá derecho a recibir la **totalidad** de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad. (...).”

## EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Vale la pena traer a colación aspectos de orden constitucional, que tienen que ver con el derecho invocado, del cual busca protección, acotando que la Corte Constitucional en Sentencia T-184 de 2009, se refirió al Derecho Fundamental al Mínimo Vital, y en ella expuso:

**“DERECHO AL MINIMO VITAL-Tiene como característica ser cualitativo por lo que supone que cada cual viva de acuerdo al status adquirido durante su vida.**

*El mínimo vital es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna.”*

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

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

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



## EL DERECHO A LA IGUALDAD

Del principio de igualdad puede a su vez ser descompuesto en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

## DE LA TUTELA COMO MECANISMO PRINCIPAL, SUBSIDIARIO Y TRANSITORIO

De igual manera, es indispensable traer a colación los preceptos que la alta Corporación Constitucional ha demarcado respecto de la tutela como mecanismo principal, subsidiario y transitorio, que en sentencia SU-544/01<sup>17</sup>, expresó:

*“(...) Tutela como mecanismo principal de protección.*

*8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).*

*En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial. (...)*

*a) Hay situaciones de hecho absolutamente consolidadas e irreversibles, en las cuales, razones de orden natural impiden una protección integral que mantenga el derecho fundamental en el mismo estado en que se encontraba antes de su vulneración. Por ejemplo, bienes personalísimos como la vida y la integridad personal, que resultan perdidos o disminuidos como consecuencia de un peligro creado por una autoridad pública. (...)*

***Tutela como mecanismo transitorio de protección. Consideraciones generales.***

*10. Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.*

*Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

<sup>17</sup> Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



*La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela “transitoriamente”. Estos elementos no pueden, nuevamente, considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.*

*Improcedencia cuando se ha consumado la vulneración. No hay perjuicio irremediable, cuando no es viable la protección in natura del Derecho Fundamental.*

*11. El trámite de la tutela como mecanismo transitorio exige la existencia de un perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario deberá demostrar que se encuentra frente a un riesgo que, según la jurisprudencia, se caracteriza por lo siguiente:*

*“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:*

*A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontinentes: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*

*B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.*

*C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.*

*D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.*

*De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra*



*una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.*

*El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas". Sentencia T-225 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.*

*Cabe señalar que la eventualidad de un perjuicio que reúna estas características no es materia que pueda apreciarse al margen de los derechos constitucionales amenazados. Si bien el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política autoriza la tutela como mecanismo transitorio, ello no implica que el demandante esté relevado, en algunos casos, de precisar el carácter de la amenaza al derecho fundamental y que el juez, mucho menos, esté en libertad de ordenar la protección constitucional al margen de toda consideración sobre los derechos fundamentales en peligro. Por el contrario, la medida cautelar reforzada que constituye la tutela como mecanismo transitorio, exige que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales de las personas sea de tal naturaleza que, salvo que intervenga la justicia constitucional, se presentará un menoscabo en extremo gravoso para la persona.*

*La existencia de dicho menoscabo, que supone la adopción de medidas urgentes, requiere un análisis sobre los hechos acaecidos a fin de establecer si el derecho fundamental realmente está en peligro inminente. Si la amenaza ha cesado y se ha verificado una vulneración, la tutela no operará como mecanismo transitorio, pues no se busca evitar el perjuicio, sino que se deberá entrar a declarar su violación y a exigir la reparación. Sin embargo, se repite, dicho análisis no es abstracto. Únicamente las circunstancias particulares y los derechos involucrados en el caso, podrán indicar si resulta procedente la medida cautelar.*

*Dicho análisis, por otra parte, deberá llevar a establecer si realmente es posible "restablecer" el derecho fundamental violado. Como se ha indicado antes (ver fundamento jurídico 9) circunstancias naturales, jurídicas o institucionales, pueden hacer imposible que el derecho se restablezca, en el sentido de volver las cosas al estado anterior. Esta consideración parte de reconocer que existe la posibilidad de que hechos amenazantes no agoten el derecho, sino que el perjuicio reviste cierto carácter de tracto sucesivo<sup>18</sup>. (...)"*

## IX. CASO EN CONCRETO

Según la situación fáctica planteada en el libelo primario y las probanzas aproximadas por las partes y recolectadas durante el trámite procesal, se tiene que la inicialista, se encontraba afiliada al régimen general de seguridad social en salud, a la NUEVA E.P.S., en calidad de trabajadora dependiente del CONSORCIO SALUDDAR 2018, como cotizante en el régimen contributivo, para la fecha de nacimiento de su menor hijo E.P.V, habiéndole expedido certificado de incapacidad No. 403010000023604, emitida el pasado 1 de noviembre de 2023, que comprende el periodo entre el día primero (01) del mismo mes y año, hasta el cinco (05) de marzo de 2024, esto es por el término de 126 días. De igual manera, se evidencia según lo aportado por la accionada, acuerdo conciliatorio realizado en el Ministerio del Trabajo entre CONSORCIO SALUDDAR 2018 en calidad de empleador y la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, en calidad de trabajadora, por concepto de deuda en el pago de salarios y aportes a seguridad social.

En contraposición, la NUEVA E.P.S. en la respuesta al traslado de la demanda, fue enfática en afirmar que ha obrado conforme a la legislación vigente para declarar la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la libelista,

<sup>18</sup> Sobre el particular, ver sentencia T-823 de 1999



esto atendiendo que la carga recae en primera medida en cabeza del empleador, que en el caso en particular es el CONSORCIO SALUDDAR 2018, y es este quien debe acudir en la figura de recobro ante la directa accionada. Expone de igual manera, que no se puede otorgar el pago de la licencia de maternidad toda vez que el estado de afiliación de la accionante se encuentra SUSPENDIDA, siendo requisito que la usuaria se encuentre al día en el pago de la seguridad social.

Por último, el CONSORCIO SALUDDAR 2018, mediante respuesta al requerimiento solicita al Despacho se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que la accionante cuenta con otros medios de defensa, como es la jurisdicción ordinaria. Que lo manifestado por la accionante en lo referente a la cantidad adeudada, no es correcto, toda vez que se acordó el salario mínimo desde agosto de 2023 y que no se ha podido cumplir totalmente con lo acordado en el acta de conciliación No. 057-2023, la cual se realizó ante el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de San Gil, Santander, toda vez que las cuentas se encuentran embargadas por proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bucaramanga, Santander, bajo el radicado 2021-000313, sin levantarse hasta la fecha medidas cautelares. En lo referente al pago de la licencia de maternidad, manifiesta que ha realizado lo pertinente ante la E.P.S., con el fin de que se le reconozca dicho pago a la accionante.

## **DEL PAGO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD**

Partiendo de la actualidad normativa y jurisprudencial relacionada con la licencia de maternidad que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, queda claro para esta Judicatura que, pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que las controversias relacionadas con derechos prestacionales deben, en principio, resolverse a través de los mecanismos de defensa ordinarios, en el sub examine no se puede pasar por alto que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad concedida a la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, puede afectar los derechos a la Vida, a la Salud y al Mínimo Vital de la madre y de su menor hijo E.P.V., circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia, puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales garantías, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia, como mecanismo definitivo para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior tiene asidero en dos aspectos, tal y como lo demanda la máxima Corporación en la sentencia previamente citada<sup>19</sup>: el primero, la inmediatez, pues nótese que la acción fue interpuesta dentro de los doce (12) meses siguientes al nacimiento de su menor hijo E.P.V. y a la luz de lo expuesto en parrados anteriores; segundo, la irrefutable razón de que la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, requiere del pago de su licencia de maternidad, y partiendo de lo considerado por el alto Tribunal, al no materializar el beneficio, el cual hace parte del mínimo vital, y está ligado con el Derecho Fundamental a la subsistencia, se presume que su falta de cancelación vulnera el derecho a la vida digna<sup>20</sup> de la madre, también extensivo al recién nacido.

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

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-278 del 17 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia T-368 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Ahora bien, no se omite por parte de este Fallador la obligatoriedad que le asiste al empleador de realizar las gestiones correspondientes para garantizar el pago a favor de la madre, una vez que se cuente con el certificado de nacimiento, siendo su obligación ejercer el recobro. De igual manera, teniendo en cuenta que actualmente la accionante se encuentra laborando para el CONSORCIO SALUDDAR 2018, según contrato de trabajo a término de obra o labor anexo, es importante recalcar la obligación que posee el empleador al momento de cancelar oportunamente lo correspondiente a seguridad social de sus empleados, pudiéndose configurar la responsabilidad de un tercero, por el no pago de la licencia de maternidad a la accionante.

En el mismo sentido, se torna imperioso indicar que nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional, tal como se deviene del menor E.P.V., situación que en primera medida impone a todos los organismos estatales y privados, el obrar en cuidado de protección de sus garantías fundamentales, hecho que imposibilita someter a más dilaciones a la madre, que pueden llegar a atentar contra los intereses superiores de su hijo. Esto último en el sentido que la obligación recae en su empleador, existiendo vulneración de derechos fundamentales por la mora en el pago de la seguridad social de la accionante.

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

INFORMACIÓN BÁSICA DEL AFILIADO								
TIPO IDENTIFICACION	NÚMERO DE DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE	ÚLTIMO PERÍODO COMPENSADO	EPS / EOC	TIPO AFILIACIÓN
CC	1100966870	VELASQUEZ	TRIANA	ELIZETH	JOHANA	2021-05	NUEVA E.R.S S.A.	BENEFICIARIO
CC	1100966870	VELASQUEZ	TRIANA	ELIZETH	JOHANA	2023-10	NUEVA E.R.S S.A.	COTIZANTE

  

INFORMACIÓN DE PERÍODOS COMPENSADOS				
EPS / EOC	PERÍODOS COMPENSADOS	DÍAS COMPENSADOS	TIPO AFILIADO	OBSERVACIÓN *
NUEVA E.R.S S.A.	10/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	09/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	08/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	07/2023	29	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	05/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	04/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	03/2023	22	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	02/2023	5	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	01/2023	30	COTIZANTE	Pago con cotización
NUEVA E.R.S S.A.	12/2022	30	COTIZANTE	Pago con cotización

116 Registros en 12 Páginas

Bajo lo anterior, se denota que fueron cotizados al menos seis (6) meses de treinta días, anteriores al alumbramiento del menor E.P.V., de esta manera se hace necesario abordar este fáctico, a la luz de lo expuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-014 del 2022, que impuso reglas aplicables al caso en los siguientes términos:

*“Al respecto, las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han desarrollado dos reglas para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad,*



*aunque haya interrupciones en las cotizaciones durante la gestación<sup>21</sup>. La primera regla es que, si la afiliada cotizante **no aportó durante más de dos meses de su gestación, podrá recibir una prestación económica por licencia de maternidad proporcional al tiempo cotizado. La segunda regla es que, si la afiliada cotizante no cotizó durante dos meses o menos de su gestación, tendrá derecho a recibir la totalidad de la prestación económica asociada con su licencia de maternidad.***” (Negrillas fuera de texto).

Con base en lo anterior y del material probatorio acollado durante el trámite procesal, se tiene debidamente soportado que el menor E.P.V. nació el pasado 01 de noviembre del año anterior<sup>22</sup>, producto de esto se impartió la incapacidad Nro. 403010000023604. Por otro lado, de los aportes realizados en cabeza de la accionante se vislumbra que, si bien estos no se encuentran completos, entendidos como los nueve (9) meses previos al nacimiento, se evidencian los correspondientes a los meses de abril, mayo, julio, agosto, septiembre octubre, esto es, seis (6) periodos, por lo que el supuesto de hecho y derecho se encuentra inmerso en la regla jurisprudencial exaltada, siendo imperioso el pago de la licencia de maternidad concedida en favor de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA y en amparo de los derechos fundamentales de E.P.V.

Por lo anterior se tiene que, a pesar de que la accionada afirma que los pagos fueron realizados de manera extemporánea y por debajo del IBC, aduciendo la E.P.S. accionada un abuso del derecho por parte de la libelista, es propio resaltar que las vicisitudes de orden laboral frente a situaciones que se vienen ventilando ante otras instancias administrativas y judiciales, escapan al análisis dentro del presente amparo a la luz del precedente judicial esbozado; lo cierto es que pese a la mora en sus consignaciones, según la prueba documental adjunta a la contestación de la E.P.S. accionada y el reporte de la ADRES, la accionante se encuentra actualmente en mora de hacer sus aportes a seguridad social en salud, con lo cual se deduce el allanamiento a la mora por parte de NUEVA E.P.S., ya que detentando la facultad para el cobro debido, cuya competencia se la otorga el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, no ha hecho uso de las herramientas legales con que cuenta para rechazar el pago o efectuar el cobro de los intereses a que haya lugar, evento que no es óbice, para sustraerse de la obligación que tiene de reconocer y pagar la licencia de maternidad de la accionante, afectando sobremanera el mínimo vital de ésta y el de sus menores hijos.

Sobre el particular, así se pronunció la H. Corte Constitucional en su sentencia T-526 de 2019<sup>23</sup>:

***“(…) 7. Jurisprudencia Constitucional sobre el allanamiento a la mora por parte de las Entidades Promotoras de Salud***

*Esta Corporación<sup>24</sup> ha indicado que existen eventos en los cuales la entidad promotora de salud se encuentra en la obligación de pagar prestaciones económicas, como incapacidades y la licencia de maternidad, a aquellos afiliados que se encuentran en mora en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Esto ocurre cuando la E.P.S. se allana a la mora, es decir, que, frente al incumplimiento o cumplimiento tardío del aporte mensual al sistema de salud por parte del empleador, la entidad no hace uso de la facultad que detenta para el cobro de lo debido, competencia otorgada por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que establece lo siguiente:*

***“ACCIONES DE COBRO.*** *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación*

<sup>21</sup> Estas dos reglas han sido reiteradas en las sentencias T-206 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-354 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-049 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-368 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-503 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>22</sup> Ver archivo 08 del expediente digital.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-526 del 06 de noviembre de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>24</sup> Sentencias T-335 de 2009, T-018 de 2010, T-115 de 2010, T-786 de 2010, T-064 de 2012, T-263 de 2012, T-862 de 2013 y T-724 de 2014, entre otras.



mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En el mismo sentido, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016 dispone que:

***“Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la E.P.S. no se hubiera allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la E.P.S..***

*(...) Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la E.P.S. y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.*

***Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la E.P.S. no se hubiere allanado a la mora.*** (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

*El artículo precitado deja claro que, frente a la suspensión de la afiliación por mora en el pago de los aportes por parte del empleador, la E.P.S. no reconocerá ninguna prestación económica derivada de una incapacidad o licencia de maternidad, SALVO QUE NO HAYA EFECTUADO LAS ACCIONES QUE TIENE A FAVOR PARA EL COBRO DE LAS MESADAS ADEUDADAS POR LOS EMPLEADORES, PUES DE NO REALIZARLO TENDRÁ A CARGO DICHOS RUBROS.*

*Así, asentar que las E.P.S. no reconozcan y paguen las incapacidades o la licencia de maternidad, pese a tener a su disposición mecanismos para el cobro de los aportes en mora por parte de los empleadores, sería aceptar que esta se favorezca de su propia negligencia, desconociendo los principios de buena fe y confianza legítima del afiliado<sup>25</sup>.*

*En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápite anteriores, no reconocer el pago de estas prestaciones económicas (incapacidad por enfermedad de origen común y licencia de maternidad) podría vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de las personas que subsisten de su salario, así como de su núcleo familiar dependiente económicamente de ellas.*

*Por consiguiente, se concluye que, las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la E.P.S.) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo. (...)*

En ese orden de ideas, es claro para este Fallador, que la NUEVA E.P.S., no puede desconocer la obligación que tiene de efectuar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad reclamada por la actora, cuando ha sido negligente en hacer uso de las facultades coactivas que la ley le otorga, y no puede trasladar a la tutelante, trámites administrativos que le corresponden a dicha E.P.S., por lo que se concluye sin hesitación la flagrante vulneración de los derechos Fundamentales al Mínimo Vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social de la accionante y su hijo E.P.V.; razón por la cual, se accederá a las pretensiones de la libelista, y se ordenará en consecuencia al Representante Legal de la NUEVA E.P.S., o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a realizar el trámite que corresponda en aras de reconocer, liquidar y pagar a la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.966.870 expedida en San Gil, Santander, el auxilio correspondiente a la Licencia de Maternidad N° 403010000023604, con fecha de inicio 01/11/2023 y fecha de terminación

<sup>25</sup> Sentencia T-529 de 2017.



05/03/2024; así mismo, se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Es importante informar a las partes, que las discrepancias que puedan surgir, distintas al derecho que les asiste de impugnación de la presente providencia, a raíz de la liquidación realizada por la E.P.S., consistente en el pago de la incapacidad por concepto de licencia de maternidad a través del presente amparo, se deberá realizar ante las instancias administrativas del trabajo y/o la jurisdicción ordinaria, salvaguardando la inmediatez y la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, pues como se ha dicho anteriormente existen otros medios idóneos ante el Juez Natural, los cuales detentan la eficacia, economía y celeridad pertinentes para reclamar los derechos en controversia, y que como lo ha contemplado la honorable Corte Constitucional deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental.

### **RESPECTO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA – PAGO DE SALARIOS ADEUDADOS**

Teniendo en cuenta lo solicitado por la accionante, concerniente a ordenar al empleador CONSORCIO SALUDDAR 2018, al pago de los salarios adeudados a la accionante, como consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo a término de obra o labor suscrito entre las partes y el aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermenéutica jurídica a desarrollar, este Juzgado considera que la presente acción constitucional no está llamada a prosperar en cuanto a la pretensión de pago de salarios, en razón a que para el presente caso, se debe dar aplicación a la regla general de improcedencia que ha decantado la Honorable Corte Constitucional a lo largo de su Jurisprudencia, que impide el abordaje de la acción de tutela como mecanismo principal o subsidiario, precisamente por no encontrarse cumplido el requisito de subsidiariedad, en lo que tiene que ver con los pedimentos de tutela que busca la accionante deben ser ordenados al empleador dentro del trámite de la jurisdicción ordinaria.

Debe destacarse que en el caso sub examine, es imprescindible acudir al escenario natural como es la instancia administrativa del trabajo o la jurisdicción ordinaria. Elementos que entre otros han sido claramente establecidos en las normas propias de carácter legal, que dispone elementos a considerar dentro de los presupuestos fácticos y jurídicos que encierra la presente acción constitucional.

En ese orden de ideas, no puede predicarse la procedencia de esta acción de tutela, aunado a que la controversia generada por el pago de los salarios a la accionante por parte de su empleador, es una discusión que debe ser resuelta en el ámbito administrativo o de la Justicia Ordinaria Laboral, para cuyo trámite existen otros medios idóneos ante el Juez Natural, los cuales detentan la eficacia, economía y celeridad pertinentes para reclamar los derechos en controversia, y que como lo ha contemplado la honorable Corte Constitucional deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental, pues considera el Despacho que el escenario de la jurisdicción propia ofrece una protección cierta, efectiva y concreta del derecho, en idénticas condiciones que las que podría brindarse por este mecanismo de amparo, y en tal sentido no puede desplazarse la competencia del Juez natural, de conformidad con el requisito de subsidiariedad que comporta la acción de tutela, sin la existencia de un perjuicio irremediable dadas las vías de acción ordinaria con que cuenta la accionante.

### **SOBRE LA AFECTACIÓN AL MÍNIMO VITAL**

Como en este caso también se está alegando la vulneración al mínimo vital, corresponde verificar si se encuentra ante un inminente perjuicio irremediable que haga viable la acción de tutela.



Al respecto es necesario reiterar la jurisprudencia constitucional atinente al derecho fundamental al mínimo vital por la ausencia o tardanza en el pago de prestaciones laborales, estableciéndose que dicha condición debe ser probada.

*“(...) el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable. “En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, **no sólo basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación**”<sup>26</sup> Además, no se vislumbra en este evento situaciones que cristalicen un perjuicio irremediable, a lo que se suma que, si bien el accionante alegó la afectación al mínimo vital, no indicó concretamente cuáles son las necesidades básicas insatisfechas que conllevan al inminente riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.”.*

Conforme el devenir que en cita de los hechos que fundamental la acción de amparo que impetra la Dra. DIANA PIMIENTO BADILLO, en calidad de apoderada de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA y las razones de defensa esgrimidas por la accionada, es claro que el escenario constitucional no está llamado a prosperar, así sea como mecanismo transitorio, pues se ha enfatizado que en el caso concreto el debate probatorio y los argumentos de las partes, deberán ser sometidos a un juicioso estudio por parte del Juez Natural, esto es, el Juez Ordinario Laboral, como se ha querido dilucidar con ocasión de la hermenéutica constitucional expuesta a partir de las decisiones de la Honorable Corte Constitucional al respecto, teniendo la accionante el mecanismo ordinario de protección de los fundamentales y de contenido legal, entre otros, el Despacho reitera que la Jurisprudencia Superior frente al proceso laboral ha precisado que

*“(...) 14. En suma, los principios de igualdad, celeridad y eficacia (Art. 209 y 229), son predicables de la función pública que se desarrolla en el ámbito de la administración de justicia. En el caso de los procesos laborales la efectividad de estos principios cobra mayor importancia debido a los especiales intereses que se debaten en ellos, estrechamente vinculados con derechos fundamentales anexos a las relaciones laborales y a la satisfacción de la seguridad social, así como a la preservación del orden público social económico, razones que han llevado a que estas materias cuenten con una especial protección constitucional (Arts. 25, 39, 48, 53, C.P.). Como método para la realización de los principios de celeridad y eficacia se ha instituido la oralidad en los procesos laborales; sin embargo, este propósito que responde a fines constitucionales legítimos, debe armonizarse con la garantía de los derechos de todas las partes e intervinientes en el proceso laboral a la contradicción y defensa, y al acceso a la justicia en condiciones de igualdad. La manera de lograr este equilibrio y armonización forman parte del ámbito de la libertad de configuración del legislador. (...)”.*

De igual manera, la accionante cuenta con los mecanismos de cautela previa alojados en el procedimiento Laboral Colombiano, como medida eficaz para el aseguramiento de los derechos que pudieran estar en discusión ante el mecanismo del proceso ordinario laboral para dirimir sus pretensiones, lo que impide que no considerar de fondo este asunto, conlleve un perjuicio irremediable, dado que cuenta con el mecanismo eficaz y célere del proceso laboral ordinario y las medidas cautelares procedentes conforme las pretensiones formuladas en esta acción constitucional. Al respecto la Corte ha señalado en la *Sentencia C-379/04*:

*“(...) MEDIDAS CAUTELARES...Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para*

<sup>26</sup> Sentencia T-237 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.



*asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.*

*Desde luego que, de la solicitud de medidas cautelares puede abusarse en algunas oportunidades, y entonces para su control, no basta con que ellas sean impetradas, sino que es al juez al que corresponde decidir en cada caso concreto sobre su procedencia y su extensión, así como con respecto al cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto por la ley. Las medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias. Los jueces, en ejercicio de su función, las deben concretar en cada proceso, de tal manera que aún en las hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás pueda constituir arbitrariedad.*

*(...) Del mismo modo, dada la naturaleza y la finalidad de las medidas cautelares, es claro que la decisión final sobre el derecho que con ellas se pretende proteger de manera provisional, solo se toma de manera definitiva en la sentencia con la cual ha de culminar el proceso. Por ello, si las medidas precautorias se decretan por el juez con unos elementos de juicio iniciales y con fundamento en la demanda que los reviste de aparente seriedad y verosimilitud que posteriormente varían de tal manera que las pretensiones del demandante no han de prosperar, lo que se sigue de esa circunstancia es la imperiosa necesidad de resarcir los perjuicios que se hubieren irrogado a la otra parte con la práctica de tales medidas. Esa es la razón por la cual el ordenamiento jurídico en los respectivos códigos de procedimiento cuando autoriza el decreto de medidas cautelares, señala en ciertos casos que antes de decretarlas quien las impetra deba constituir una caución con cargo a la cual pueda hacerse efectivo el derecho al resarcimiento de los perjuicios si en la sentencia se desestima la pretensión de quien las solicitó o si se demuestra que fueron pedidas en forma tal que se hubieren vulnerado los principios de la buena fe y la lealtad procesal. A este respecto ha de recordarse que la Corte ha dicho que “los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas estarían dispuestas a no catar esas pautas normativas. (...)*

*Dentro de ese marco, se explica la existencia de las medidas precautorias como un anticipo de lo que podría ser resuelto en la sentencia para que el derecho subjetivo se realice, para que oportunamente cese su vulneración y se otorgue la debida protección reclamada por el actor. Con las medidas cautelares se persigue pues, evitar a lo menos de manera inmediata y en forma provisoria, que se prolongue el desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia, con verosimilitud considerada por la ley como grave, que es lo que la doctrina ha definido como una medida para conjurar el “periculum in mora” (...).*

En el anterior entendido, deberá además observarse que tampoco podría obtenerse convencimiento de la vulneración del derecho al mínimo vital, ni de otros derechos constitucionales fundamentales y su perjuicio irremediable, en lo que respecta al pago de salarios, pues como ya se dijo las controversias que se generen respecto del pago de acreencias laborales, deberán ser objeto de otra clase de reclamación por parte de la accionante, de ser procedentes, dentro del decurso de las actuaciones ordinarias pertinentes o ante la respectiva jurisdicción como mecanismo principal de defensa de sus derechos de contenido constitucional y legal, puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional, no debe desplazar la competencia de la autoridad administrativa o el Juez Natural, máxime cuando como se tiene en el caso concreto, de lo expuesto deberá declararse la improcedencia de la acción por subsidiariedad ante la inexistencia de perjuicio irremediable conforme las razones anotadas en el decurso del proveído.

Por último, se torna necesario instar al representante legal del CONSORCIO SALUDDAR 2018, para que en próximas ocasiones se sirva obrar con diligencia, al reconocer, liquidar y pagar una licencia, en particular de maternidad, y posterior a ello, ejercer los mecanismos procesales idóneos para garantizar su pago ante la E.P.S., esto en el entendido que esta omisión puede atentar contras las garantías primarias y perduración en el tiempo de la vulneración a la esfera fundamental de sus empleados.



Se reconocerá dentro del trámite personería jurídica como apoderada de la accionada la NUEVA E.P.S., el Dr. MARCO ANTONIO CALDERON ROJAS, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 13.276.553 de Cúcuta, Norte de Santander y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 172.022 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos del poder conferido. De igual manera, a la Dra. JENNY PAOLA LEON LEON, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.098.406.145 expedida en Charalá (S) y portadora de la Tarjeta Profesional No. 257.136 del C.S. de la Judicatura, como apoderada de la accionada CONSORCIO SALUDDAR 2018.

\*\*\*\*\*

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

## RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** los Derechos fundamentales a la Vida, Seguridad Social, Igualdad y Mínimo Vital, de la accionante la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.966.870 expedida en San Gil, Santander y su menor hijo E.P.V., actuando a través de su abogada Dra. DIANA PIMIENTO BADILLO, en lo concerniente al pago de la Licencia de Maternidad No. No. 403010000023604, emitida el pasado 01 de noviembre de 2023, objeto de la acción de tutela instaurada en contra de la **NUEVA E.P.S. y CONSORCIO SALUDDAR 2018**, en los términos y por las razones previstas en el presente proveído.

SEGUNDO. **ORDENAR** al Representante Legal de la **NUEVA E.P.S.**, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar lo correspondiente al auxilio de Licencia de Maternidad, No. 403010000023604, emitida el pasado 01 de noviembre de 2023, que comprende el periodo entre el día primero (01) del mismo mes y año, hasta el cinco (05) de Marzo de 2024, esto es por el término de 126 días, suscrita por el galeno Néstor Enrique Motta Gómez, Gineco Obstetra, en favor de la señora **ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA**, identificada con Cédula de Ciudadanía número 1.100.966.870 expedida en San Gil, Santander y su menor hijo E.P.V., conforme los lineamientos dispuestos por la Honorable Corte Constitucional y el Legislador y lo esbozado en el presente proveído.

PARAGRAFO. **INSTAR** al representante legal del CONSORCIO SALUDDAR 2018, para que en próximas ocasiones se sirva obrar con diligencia, al reconocer, liquidar y pagar una licencia en particular de maternidad, y posterior a ello, ejercer los mecanismos procesales idóneos para garantizar su pago ante la E.P.S., esto en el entendido que esta omisión puede atentar contra las garantías primarias y perduración en el tiempo de la vulneración a la esfera fundamental de sus empleados.

TERCERO. **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** por **SUBSIDIARIEDAD**, ante la inexistencia de perjuicio irremediable, de la acción de tutela instaurada por la Dra. DIANA PIMIENTO BADILLO, en calidad de apoderada de la señora ELIZETH JOHANA VELASQUEZ TRIANA, en contra del CONSORCIO SALUDDAR 2018, en lo concerniente al pago de salarios adeudados a la accionante, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. **RECONOCER** personería jurídica dentro del trámite, como apoderado de la accionada NUEVA E.P.S. al Dr. MARCO ANTONIO CALDERON ROJAS, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 13.276.553 de Cúcuta, Norte de Santander y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 172.022 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos del poder conferido.



QUINTO. **RECONOCER** personería jurídica dentro del trámite, como apoderada de la accionada CONSORCIO SALUDDAR 2018 a la Dra. JENNY PAOLA LEON LEON, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.098.406.145 expedida en Charalá (S) y portadora de la Tarjeta Profesional No. 257.136 del C.S. de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder conferido

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES  
JUEZ

CDBJ/Madm