



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN No.: 08001-4053-002-2024-00110-01

ACCIONANTE: NATALIA JALLER LÓPEZ en calidad de Agente Oficioso de su menor hija JULIETA MERCADO JALLER

ACCIONADO: E.P.S. SURA

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), proferido por JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora NATALIA JALLER LÓPEZ en calidad de Agente Oficioso de su menor hija JULIETA MERCADO JALLER, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana por parte de la entidad E.P.S. SURA; y en el cual se declaró improcedente el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Aduce que, la entidad accionada, negó la licencia de maternidad por no tener los períodos de gestación que estipula la ley, SURA EPS le está vulnerando los derechos fundamentales de la vida y el mínimo vital de la una mujer y la menor de edad, afiliada a la EPS SURA.
2. Luego de reclamar la Licencia de maternidad le indican que existen períodos sin pagos del aportante y atraso en el pago mensual de los aportes correspondientes, y a pesar de allanarse a la mora y de estar al día en el pago, SURA EPS, indicó que no cotizó durante todo el tiempo de gestación. Cuyo hecho no es cierto, ya que la accionante estaba cotizando y con todos sus períodos pagos hasta el día que dio a luz su hija JULIETA MERCADO JALLER, y nació en la CLÍNICA REINA CATALINA.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amparen sus derechos depuestos y por consiguiente que “...De acuerdo con los anteriores hechos, solicita se tutele sus derechos fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA,

SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL de la accionante. Que, como consecuencia, se ordene al Representante Legal de SURA EPS, inicie el trámite correspondiente tendientes al efectivo reconocimiento y pago del 100% de la Licencia de Maternidad a la Accionante, señora NATALIA JALLER LÓPEZ, teniendo en cuenta lo descrito...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó en fecha de doce (12) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), por EL JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de la accionada, luego a través de auto de vinculación de fecha veintitrés (23) de febrero de la misma anualidad, se ordenó la vinculación tutela a las entidades SALUD TOTAL S.A. EPS Y la entidad OUTSOURCING EMPRESARIAL GROFER SAS, representada legalmente por la señora GISELLA MARGARITA RODRÍGUEZ FERRER , para que se pronunciaran sobre los hechos relatados en el escrito de tutela.

E.P.S. SURA, actuando a través de HOLGER AUGUSTO ALFONZO FLOREZ, en su calidad de Representante Legal Judicial, rindió informe manifestando que: “...Sea lo primero indicar que mi representada en el presente caso ha dado cumplimiento a su deber como EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS. La accionante NATALIA JALLER LOPEZ identificada con el documento CC 1140899715, se encuentra afiliado al Plan de Beneficios de Salud (PBS) de EPS SURA desde 01 de julio de 2023. Adjunto constancia generada en el ADRES. Ahora bien, el nacimiento del menor fue el 2 de septiembre del 2022, un año antes de empezar su afiliación con EPS SURA. Además, dentro de sus anexos se puede identificar en la planilla de aportes que los pagos se hicieron a la EPS S002, es decir a Salud Total S.A. E.P.S. En ese sentido no es EPS SURA la encargada del reconocimiento económico de la licencia de maternidad requerida. Por estos motivos, solicitamos de manera respetuosa a su señoría se sirva desvincular a EPS SURA del presente trámite constitucional. En este sentido, al no existir nexo causal entre EPS SURA y los presuntos hechos vulneradores de derechos fundamentales, es claro que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que respecta a EPS SURA al no asistirle ninguna obligación dentro de lo que se pretende...”

SALUD TOTAL EPS-S S.A., actuando a través de YOLIMA RODRIGUEZ HINCAPIE, en su calidad de Representante Legal, rindió informe manifestando que: “...se opone a las pretensiones del presente caso, en razón a que la Entidad sí reconoció el pago proporcional de la licencia de maternidad reclamada, por lo que sería evidente que NO ESTARÍAMOS EN PRESENCIA DE UNA VULNERACIÓN DEL MÍNIMO VITAL y puede acudir ante la justicia ordinaria laboral para el reclamo de lo solicitado. Que, el presente caso corresponde a la señora NATALIA JALLER LÓPEZ, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 11408997 15, quien se encuentra en estado administrativo DESAFILIADO, registrando desde julio de 2023, en la EPS SURA, tal y como se demuestra. Que, con relación a las pretensiones impetradas nos permitimos remitir al ÁREA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE SALUD TOTAL ESPS S S.A., con la finalidad de que realice el análisis respectivo de lo solicitado de cara al historial clínico de la protegida, quienes manifestaron: De acuerdo con validación NATALIA

JALLER LOPEZ CC 1140899715 presenta licencia de maternidad, la cual se había generado sin valor por pago no oportuno, de acuerdo a la actual validación de la ADRES, es posible presentar licencia

NAIL	TIPO	F. inicio	f. Fin	Días	Aut	Valor
P11910495	LICENCIA	9/2/2022	1/5/2023	126	115	\$3,833,295

Que, se genera contacto 0305247961 para priorizar pago de licencia a favor de empleador OUTSOURCING EMPRESARIAL GROFER SAS; aclarando que al momento de inicio de licencia protegida cuenta con 239 días cotizados de 264 requeridos, se autoriza 115 días ($239 \times 126 / 264 = 115$). Que, teniendo en cuenta lo anterior la Licencia se encuentra bien liquidada y no procede ningún ajuste, todo lo cual se traduce en una inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de la EPS al no estar ante una afectación al mínimo vital. Que, el empleador no debe solicitar el reembolso a la EPS, dado que el pago ya se ordenó y generó a su favor, tal y como lo manifestamos bajo la gravedad de juramento en el presente trámite tutelar. Por lo anterior, es claro que no hay existencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de esta EPS S dado que su actuar siempre ha estado enmarcado dentro de las funciones propias que la misma ley 100 de 1.993., le ha asignado y si se concluye que hubo violación de sus derechos. Que, frente a las controversias acá planteadas, la accionante debe acudir a los mecanismos ordinarios para definir el conflicto, el cual escapa a la órbita de la acción del juez de tutela...”

OUTSOURCING EMPRESARIAL GROFER S.A.S., notificado por el juzgado de primera instancia, no rindió el informe correspondiente solicitado, por lo que se presumirá la veracidad frente a los hechos consignados en el libelo probatorio allegado, que le sean imputados dentro del amparo rogado.

Posterior a ello, el ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), se profirió fallo de tutela, por JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, declarando improcedente los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el día ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), por JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, decidió declarar improcedente los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: “...Observa el Despacho que en el presente caso, NO se cumplen con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, en lo referente al haber interpuesto la presente Acción de Tutela dentro del año siguiente al nacimiento del menor, teniendo en cuenta, lo indicado por la Accionante y de las pruebas aportadas a la presente acción constitucional, la menor JULIETA MERCADO JALLER, nació en fecha 2 de Septiembre de 2022, y la Acción de Tutela de la referencia , fue presentada en fecha 9 de Febrero de 2024, transcurridos 1 año, 5 meses y 7 días, posteriores al nacimiento, razón por el cual NO cumple ni con los requisitos establecidos, ni con el principio de inmediatez. De igual manera se observa que la presente Acción de Tutela viene dirigida en contra de SURA EPS, siendo que la Entidad encargada del pago de la Licencia de Maternidad alegada por la Accionante, es la EPS SALUD TOTAL. Por lo que NO se configura

el requisito de legitimación en la causa por pasiva, que el sujeto donde recae o debe recaer el reconocimiento a que pudiera tener derecho la Accionante, máxime que en la respuesta emitida por la Entidad Accionada SURA EPS, indicó tal circunstancia, y se procede a realizar la vinculación y notificación de dicha Entidad SALUD TOTAL EPS De igual manera, y que pese a la informalidad que reviste la Acción de Tutela, de ella se exige que al momento de invocar el amparo constitucional por perjuicio irremediable, el mismo sea probado al menos con prueba sumaria, empero para el sub lite, NO se ha concretado ni se ha probado su existencia, y menos aún que de ello se derive la necesidad de impartir una orden protectora en tal sentido, pues si bien es cierto la Accionante, señaló que se encuentran en vilo sus garantías iusfundamentales, tal afirmación no alcanza a cumplir las cargas que ha impuesto la norma a la hora de acreditar esta especial circunstancia al existir varios vacíos en los hechos narrados y las pruebas allegadas al sumario. Más allá, aun evidenciándose la existencia de afectación a algún derecho fundamental, esa circunstancia por sí sola, no advirtiéndose urgencia o algún perjuicio irremediable, no habilita la activación de la acción de tutela, cuando existan idóneos y efectivos medios judiciales ordinarios a través de los cuales han de reivindicarse tales vulneraciones..."

VI. IMPUGNACIÓN

La parte accionante sostuvo en el escrito de impugnación que: "...me permito manifestarle que IMPUGNO el fallo de tutela proferido por este despacho, toda vez que no me encuentro de acuerdo con la decisión emitida, esto en virtud a que la suscrita realizó la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia pretendida en innumerables ocasiones a la EPS accionada y en virtud a que en ésta no se le daba el trámite requerido por mi persona, una persona muy amablemente me sugirió la presentación de la acción de tutela con el fin de obtener el pago de una prestación que por ley nos pertenece, tanto a mi como a mi menor hija, por lo cual la dilatación en la presentación de la acción de tutela que nos ocupa, se debió también a las vueltas y trámites administrativos impuestos por la accionada, cuando debieron reconocer y pagar dichas licencias y no lesionar tan enormemente el patrimonio de la suscrita y de mi criatura que es un sujeto de especial protección constitucional. Con fundamento en las consideraciones de hecho que le expongo en el presente memorial, señor Juez, solicito someter a su lupa el fallo de tutela emitido, con el fin de que cesen los perjuicios irremediables que está ocasionándome en virtud a que no se ha logrado obtener el pago por parte de la accionada EPS..."

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La entidad accionada E.P.S. SURA, ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana de la señora NATALIA JALLER LÓPEZ EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSO DE SU MENOR HIJA JULIETA MERCADO JALLER, al no acceder al pago de la LICENCIA DE MATERNIDAD?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

IX. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 48, 86 de la Constitución Política; Decreto 2591 de 1992, Declaración Americana de los Derechos de la Persona, Decreto 780 de 2016, Ley 1562 de 2015; sentencias C-1002 de 2004, T-777 de 2009, T400-2017, T-160A-2019, T-076-2019, entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El Estado colombiano, al ser un Estado Social de Derecho, cuenta con la obligación de asegurar la eficacia de los principios y derechos que se encuentran inmersos en la Carta Política. Este deber no solo se dirige a evitar la vulneración de derechos, sino también a tomar todas las medidas pertinentes que permitan la efectiva materialización y ejercicio de los mismos.

El derecho a la seguridad social *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*.¹

De la lectura del artículo 48 de la Constitución Política, se logra inferir, que el derecho a la seguridad social denota una doble acepción. En primer lugar, como un *“servicio público de carácter obligatorio”* el cual su dirección, coordinación y control, estará a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y, en segundo lugar, como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, establece que:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilidad física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

En Sentencia T-777 de 2009 la Corte Constitucional, determinó los objetivos de la seguridad social, en los siguientes términos:

“Los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.”

La importancia de este derecho se basa en el *“principio de la dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos”*, puesto que las personas podrán asumir las situaciones difíciles que obstaculizan el desarrollo de actividades laborales y la recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio

¹ Sentencia T- 690 de 2014

público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA TUTELA

Según la naturaleza de la acción de tutela, la cual tiene el propósito de obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados, se ha discutido acerca de la necesidad de estudiar un plazo razonable en la interposición del amparo. La Sentencia SU-961 de 1999 dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no

deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción (...)

Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda”.

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

DEL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corporación, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999² y reiterado recientemente en la sentencia T405-2018, al considerar que:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”

La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, *“las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”*³.

² Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995, Corte Constitucional.

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, se ha sostenido que:

“El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.”⁴

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado.⁵

En relación con el segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.⁶

Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de la corte, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser grave, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser impostergable, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.⁷

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.* (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

⁴ Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994, Corte Constitucional.

⁵ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010

Finalmente, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.⁸

Al respecto, la Corte ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el ser un medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*.⁹

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora NATALIA JALLER LÓPEZ en calidad de Agente Oficioso de su menor hija JULIETA MERCADO JALLER, interpuso acción constitucional, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, salud, seguridad social y dignidad humana por parte de la entidad E.P.S. SURA

Lo anterior, en ocasión a que indica que para el día 2 de septiembre de 2022, la accionante estaba cotizando y con todos sus períodos pagos hasta el día que dio a luz su hija JULIETA MERCADO JALLER, y nació en la CLÍNICA REINA CATALINA, utilizando los servicios de salud de E.P.S. SURA, la accionante manifiesta que la entidad Accionada, le niegan la Licencia de Maternidad por no tener los períodos de gestación que estipula la ley, SURA EPS le está vulnerando los derechos fundamentales de la vida y el mínimo vital a una mujer y la menor de edad, afiliada a la EPS SURA.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este despacho estudiará si el caso en concreto supera el requisito de subsidiariedad.

En este orden de ideas, en el caso de marras no se acreditó por la parte demandante la existencia de un perjuicio irremediable, de acuerdo con los elementos jurisprudenciales que se han definido para su configuración, a saber: El perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable, que legitime la acción de tutela.

Con fundamento en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la Corte ha sostenido, de manera consistente, que i) *la acción de tutela es improcedente cuando el ordenamiento jurídico establezca un mecanismo judicial ordinario que le permita al actor reclamar la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, con base en el mismo Texto Constitucional, se ha considerado que la tutela procede excepcionalmente cuando ii) la vía ordinaria no asegure una respuesta idónea ni eficaz, de cara a las circunstancias particulares en que se*

⁸ Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995

⁹ Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

encuentra el accionante o, precisamente por tales condiciones, iii) éste demande la tutela de sus derechos fundamentales para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Bajo esta pauta jurisprudencial, debería entenderse que, en principio, cualquier pretensión relacionada 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 Constitucional 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.

Así mismo, se indica que la acción de tutela no ha sido creada como una herramienta para subsanar la deficiencia o displicencias del solicitante ante las entidades prestadoras de salud, ni es una tercera instancia que permita revivir términos que se vencieron ante la inactividad de la persona interesada.

La Sala Cuarta de Revisión indicó que la tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con estos dos requisitos:

La tutela es el medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: (i) Que se interponga el amparo constitucional dentro del año siguiente al nacimiento; y (ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo.

Igualmente, recordó que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y está unida al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida.

De este modo se puede concluir que la parte accionante, así como lo indicó el despacho de primera instancia y con el cual concuerda esta célula judicial, no aportó al proceso la certera demostración que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos ni eficaces para garantizar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados o amenazados, ni siquiera, ha desplegado las acciones tendientes a su consecución por las vías ordinarias, teniendo en cuenta que la acción de tutela por ser un mecanismo residual de protección de derechos fundamentales, no puede desplazar las vías ordinarias dispuestas por el legislador.

Así las cosas, la solicitud de acreencias que formula la parte actora, no resulta procedente por esta vía constitucional y que esta deberá acudir a la justicia ordinaria laboral, si mantiene su pretensión en ese sentido, para que allá se determine si hay lugar al pago reclamado.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, confirmará la decisión adoptada en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia de fecha ocho (08) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), proferida por JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora NATALIA JALLER LÓPEZ EN CALIDAD DE AGENTE OFICIOSO DE SU MENOR HIJA JULIETA MERCADO JALLER contra E.P.S. SURÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído,
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA