

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE
GARANTÍAS DE BARRANQUILLA -**



**Palacio De Justicia Centro Cívico P. 4°
Teléfono 3885005 Ext. 1146**

Barranquilla, Veintitrés (23) de junio del año dos mil veintidós (2022)

Asunto: Fallo de Tutela Primera Instancia.

Radicado No. 08001-40-88- 2022-00062

Accionante: JOHANNA MARITZA GARCES REYES.

Accionados: SALUD TOTAL EPS.

I. PRÓLOGO / OBJETO DE LA DECISIÓN:

No advirtiéndose causal alguna que tenga la entidad suficiente para generar la invalidez o nulidad de lo actuado, procede el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS** a emitir el fallo de primera instancia que constitucionalmente y en derecho corresponda en la presente acción constitucional de tutela promovida por la señora JOHANNA MARITZA GARCES REYES, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.127.944.042 quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija contra SALUD TOTAL EPS, por la presunta vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna.

II. HECHOS

Relata la accionante (se resumen los hechos) que, se encuentra afiliada a SALUD TOTAL EPS desde el 13 de julio de 2021 en calidad de trabajadora dependiente de la empresa INMOBETS SAS. Que dio a luz el día 06 de diciembre de 2021. Que procedió a reclamar su licencia de maternidad conforme al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la ley 2114 de 2021. Que su licencia de maternidad corresponde a 126 días según lo indicado por el médico tratante, comprendida entre el 04 de diciembre de 2021 hasta el 08 de abril de 2022. Que la accionada solo le pago y reconoció 68 días de los 126 que le correspondían. Que la EPS accionada aduce que no le cancela de manera completa su licencia de maternidad por no haber cotizado de manera ininterrumpida los aportes a salud durante el periodo de gestación. Y finaliza indicando que el no pago de su licencia de maternidad constituye una clara violación a sus derechos fundamentales y los de su menor hija.

III. PRETENSIONES

El acápite demandatorio se contrae a que por esta vía se ampare el derecho fundamental a al mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna y, en consecuencia, *“se ordene a la entidad tutelada o a quien corresponda, el reconocimiento y pago de los cincuenta y ocho (58) días que hicieron falta por pagar, correspondientes a mi licencia de maternidad”*

IV. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de acuerdo a los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991 en

concordancia con el Decreto 1382 de 2000 y lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, reglamentarios de la acción constitucional en estudio; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia¹ .

V. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez asumido el conocimiento de la presente acción, mediante auto de fecha 09 de junio de 2022 se admitió la tutela, ordenándose oficiar a la entidad accionada SALUD TOTAL EPS., para que se manifestara sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente solicitud de amparo y ejerciera el derecho de defensa que le asiste, así como para que exteriorizara lo correspondiente frente a lo pretendido con la acción formulada.

Posteriormente y a petición de la accionada, mediante auto de fecha 15 de junio de 2022 se ordenó vincular al trámite de tutela a la entidad INMOBETS SAS y al ADRES, requiriéndoles de igual forma, para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y aportara las pruebas que considerara necesarias.

Quienes dentro del término concedido a excepción de INMOBETS SAS se manifestaron, de forma sucinta, de la siguiente manera:

SALUD TOTAL EPS: en sus descargos inician su intervención manifestando que, SALUD TOTAL EPS-S S.A., no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales de la señora JHOANNA MARITZA GARCES REYES, estando ante una acción de tutela IMPROCEDENTE que debe ser DENEGADA ante la inexistencia de perjuicio irremediable alguno. Que SALUD TOTAL EPS-S S.A., no está legitimada por PASIVA para responder a las pretensiones relacionadas con el pago de la licencia de maternidad mencionada en las declaraciones expuestas en el presente caso, en razón a que es la empresa INMOBETS SAS, a quienes les corresponde el pago DIRECTO de lo reclamado. Que inicialmente que el presente trámite constitucional muy a pesar de estar encaminado simplemente al reconocimiento de la prestación económica denominada licencia de maternidad, trae consigo controversias jurídicas y administrativas que van más allá de la pretensión, haciendo más complejo el estudio del presente caso. Que, en gracia de discusión, dado que la extrema activa solicita el pago de la licencia de maternidad generada por ser COTIZANTE DEPENDIENTE se insiste que, a quien debe solicitar dicho pago es a su empleador, ya que por ley les corresponde asumir el pago de las prestaciones económicas de sus trabajadores sin que la licencia de maternidad sea la excepción; teniendo en cuenta que la obligación de reconocer y cancelar las prestaciones económicas expedidas a trabajadores dependientes está, en cabeza de los empleadores y, posteriormente, cuando hayan satisfecho la obligación, pueden solicitar ante la EPS el reembolso. Que la accionante acude a la presente acción de tutela con miras a que esta entidad le cancele LICENCIA DE MATERNIDAD causada a su favor, por lo que al ser una prestación de carácter económico en donde ya evidenciamos que no hay afectación al mínimo vital, consideremos no debe ser resuelta a través de la acción de tutela, ya que este mecanismo alternativo de conflicto, preferente y sumario, se creó con el fin de proteger derechos fundamentales del accionante cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, la cual únicamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y no para discutir derechos de tipo económico, los cuales deben ser resuelto por la justicia ordinaria.

ADRES: en sus descargos manifiestan que, Frente a los hechos y pretensiones descritos dentro de la presente acción de tutela, considera esta oficina que ésta

¹ Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de Marzo de 2009, Corte Constitucional. -

no procede cuando existe otro medio de defensa judicial, es decir cuando el peticionario de la acción dispone de un medio judicial idóneo y efectivo para lograr lo pretendido. Que la presente solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos económicos derivados del reconocimiento de derechos económicos y litigiosos, toda vez que la misma constituye un medio judicial subsidiario, que no tiene por fin reemplazar los procedimientos ya previstos en nuestra legislación para hacer valer derechos. Que el único objetivo de la Acción de Tutela es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales, de manera que, este mecanismo se torna improcedente cuando la accionante, pretende el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad, que no tienen trascendencia ni relación con la protección inmediata del derecho fundamental al mínimo vital y tampoco existe material probatorio que evidencie la vulneración, esto incluyendo las pretensiones como dineraria. Que no está dentro de la esfera de competencias de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento del pago de licencias de maternidad, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

INMOBETS SAS: no dieron respuesta al requerimiento realizado por este despacho, motivo por el cual se dará aplicabilidad a la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, siempre que exista vulneración de derechos fundamentales.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1 - CONCEPTO, NATURALEZA y FINES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. - La tutela es una acción constitucional, judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los **Derechos constitucionales fundamentales**² de las personas, que

² Tradicionalmente se ha sostenido que son Derechos Fundamentales todos aquellos inherentes al ser humano y que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca o no.- En su obra “DERECHOS Y GARANTIAS. La ley del más débil.”, el reconocido jurista italiano Luigi ferrajoli conceptuó (pàg. 37) que: “**DERECHOS FUNDAMENTALES** son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por **derecho subjetivo** cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por **status** la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas... Son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.”.- En el mismo sentido, en la sentencia T-227/03, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Honorable Corte Constitucional expresó: “(...) será **fundamental** todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.” En Sentencia T-989/08 la Honorable Corte Constitucional precisó lo siguiente sobre la subsidiariedad de la acción de tutela:

La jurisprudencia de la Corte, ha señalado que el respeto de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, [1] que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [2].

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. [3] De allí que quien alegue la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad para tal efecto. [4] Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la acción de tutela antedicho, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un

opera Únicamente en los casos en los que no exista otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trata de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, es la garantía constitucional del derecho que tiene toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales, a través de un recurso efectivo. Fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la constitución de 1991, en cuyo artículo 86 preceptúa que se trata de una acción constitucional y publica y, por consiguiente puede ser interpuesta por cualquier persona, en todo momento y lugar, para reclamar ante los Jueces de la Republica la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad Pública o de los particulares, en este Último evento bajo los supuestos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, y sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable o cuando no existe otro medio de defensa administrativo o judicial que sirva para tales efectos.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estipulo varias causales generales de improcedencia de la acción de tutela, valga decir, frente a las cuales no procede el ejercicio de esta acción, siendo la más frecuente la del numeral 1, o sea, cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos para proteger los derechos fundamentales del accionante, como quiera que la acción constitucional de tutela es de naturaleza subsidiaria, accesoria o residual frente a otros recursos o medios de defensa judiciales o administrativos.

Sin embargo, como es sabido, existen dos excepciones a la regla según la cual la existencia de otros mecanismos alternos de defensa judicial desplaza a la acción de tutela, la primera se presenta cuando la acción de amparo se ha intentado como mecanismo transitorio para evitar el inminente perjuicio irremediable. La segunda, cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. En efecto, la primera de estas excepciones está establecida por el mismo artículo 86 de la Constitución y reglamentada por el artículo 8 del Decreto 2591/91. La segunda ha sido introducida por la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional.

En la acción de tutela no solo opera el principio de Subsidiariedad como requisito de procedibilidad de esta, sino también el de inmediatez. La acción de tutela fue objeto de reglamentación a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017.

6.2 - LEGITIMACIÓN POR ACTIVA - En lo que tiene que ver con la legitimidad e interés en la acción de tutela, el artículo 86 de la Carta Política de 1991 dispuso que toda persona puede reclamar ante las autoridades judiciales la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Asimismo, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que *“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”*.

Razón por la cual, se concluye que la señora JOHANNA MARITZA GARCES REYES se

mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, [5] y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes [6] en los procesos judiciales [7] .

No obstante, esta Corporación también ha considerado la acción de tutela como un medio de protección directo, frente a la falta de idoneidad e ineficacia de los mecanismos ordinarios de protección, circunstancia ligada a la inminencia del perjuicio irremediable. Evento en el cual su virtud cautelar se modula para convertirse en mecanismo de protección inmediato.

De la misma manera la Corte ha sido enfática en resaltar como principios rectores del proceso de tutela, los de informalidad y de eficacia de los derechos fundamentales. Según estos principios, el juez constitucional está en la obligación de adelantar en el marco de sus competencias, todas las conductas enderezadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando los mismos han sido objeto

encuentra legitimado en la causa por activa, ya que alega que en tal condición resulta afectado en sus derechos fundamentales. En consecuencia, se constata el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

6.3 - LEGITIMACIÓN POR PASIVA. - La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares que prestan un servicio público, es por ello por lo que la presente acción procede contra SALUD TOTAL EPS.

6.4 - INMEDIATEZ. - Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que esta sea interpuesta en forma oportuna, es decir, que se realice dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza. El juzgado considera que en el asunto bajo estudio se cumple con el requisito de la inmediatez. Ello por cuanto entre las conductas que presuntamente causaron la amenaza o vulneración y la fecha de interposición de la acción de tutela transcurrió un término prudente y razonable para solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

6.5 - PROBLEMAS JURÍDICOS Y ESQUEMA DE RESOLUCIÓN. - De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión le corresponde al Despacho resolver (i) determinar la procedencia de la presente acción de tutela para reclamar el pago una prestación económica como lo es la licencia de maternidad y, en caso de que se halle procedente se deberá (ii) determinar si la EPS accionada vulnera los derechos fundamentales reclamados por la accionante, al haberle reconocido el pago de su licencia de maternidad de manera proporcional.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, este juzgado traerá las reglas y principios aplicables para la solución de este tipo de conflictos, a través de la selección de las **RATIO DECIDENDI³ de PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES o JUDICIALES⁴** utilizados para resolver casos similares y que por hacer parte de al menos tres (3) decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho emitidas por la máxima autoridad de cierre de la jurisdicción constitucional, constituyen DOCTRINA PROBABLE, de acuerdo con el artículo 4 de la ley 169 de 1896 (Exequible, Sent. C-836 DEL 2001), que tratan a cerca de las materias o asuntos a resolver en el caso, a saber: (i) Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración de jurisprudencia; Finalmente, a partir de las consideraciones de la doctrina probable de la Honorable Corte Constitucional, el Juzgado efectuará el estudio del caso concreto para llegar a la solución constitucional del mismo.

³ RATIO DECIDENDI Son los argumentos que realiza el Juez o Tribunal en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del Juez o Tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento, que en palabras de la H. Corte Constitucional es “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”.

⁴ PRECEDENTE JUDICIAL “por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio deciden di se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”, que se diferencia del el concepto de ANTECEDENTE JUDICIAL, porque este último “se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho.

VII. RATIO DECIDENDI DE PRECEDENTES JUDICIALES QUE APLICADOS AL CASO CONCRETO PERMITEN SU SOLUCION:
7.1- La Procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de la licencia de maternidad – Reiteración de Jurisprudencia

En principio los conflictos que surjan de derechos prestacionales deben ser resueltos a través de los medios de defensa ordinarios⁵. Sin embargo, en el evento en que la falta de tal reconocimiento vulnere un derecho fundamental, esta Corporación ha señalado que procede el amparo de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable⁶.

De esta manera, la Corte ha señalado que 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 nacimiento⁷; y

(ii) Ante la ausencia del pago de dicha prestación se presume la afectación del mínimo vital de la madre y su hijo⁸ .

Además, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la licencia de maternidad forma parte del mínimo vital y se encuentra ligada al derecho a la subsistencia, por lo que su falta de pago presupone una vulneración del derecho a la vida⁹.

En los casos en que se invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que, remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen por ejemplo a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos¹⁰.

Así mismo, la Corporación ha sostenido que, excepcionalmente, la acción de tutela procede para ordenar el pago de la licencia de maternidad, pues aquel no puede considerarse como un derecho de carácter legal, sino, el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental conforme a lo establecido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. Por consiguiente, en situaciones particulares, la jurisdicción constitucional es competente para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, cuyo derecho al pago constituye un medio económico indispensable para su manutención¹¹.

⁵ Sentencias T-368 y T-475 de 2009.

⁶ Sentencia T-368 de 2009

⁷ Ídem

⁸ Sentencia T-475 de 2009.

⁹ Sentencias T-368, T- 475 de 2009 y T-554 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. Igualmente, la sentencia T-664 de 2002, expuso: *“el mínimo vital [es] aquella porción absolutamente indispensable para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y seguridad social.*

¹⁰ Sentencia T-728 de 2014

¹¹ Al respecto, en la sentencia T-790 de 2005 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que la Corte conoció el caso de una profesora, cabeza de familia, a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó el pago de la licencia de maternidad por tener durante el tiempo de la gestación, un lapso de un mes sin cotizar

Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela, más aún cuando la negación del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, se le aplica la presunción de vulneración al mínimo vital de la madre y de su niño.

VIII. SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL AL PROBLEMA JURÍDICO DEL CASO

Procede el despacho, como primera medida a verificar la procedencia de la presente acción de tutela y de encontrarse procedente, se estudiará el caso de fondo.

Como es sabido, el artículo 86 Superior establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, diseñado para la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos se amenacen o vulneren por la acción u omisión de las autoridades públicas, o excepcionalmente de los particulares. Este medio judicial se caracteriza por ser subsidiario y residual, lo que significa que, respecto a un caso concreto, procederá como herramienta de protección de las garantías fundamentales, siempre que no exista un medio de defensa judicial, o que, existiendo, no sea eficaz o idóneo para obtener el amparo solicitado. De igual manera, saldrá avante si se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹²

De igual forma, el artículo 6 del decreto 2591 de 1991 indica que:

“La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio 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 el solicitante... **(Negrilla del juzgado)**

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso en concreto, por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

*“(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) Cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.”¹³*

(correspondiente al tiempo que estuvo sin empleo), reiterando la sentencia T-210 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

¹² Sentencia T-507 de 2017 M.P. Dr. Ivan Escruceria Mayolo

¹³ Sentencia 375-2018, 17-09-2018, M.P. doctora Gloria Ortiz Delgado

Ahora, respecto de la procedencia de la acción de tutela como medio idóneo para reclamar el pago de la licencia de maternidad la Honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa en que se deben cumplir con los siguientes 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”¹⁴

De acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia citada en líneas anteriores, tenemos que la presente acción de tutela, es interpuesta por la señora JOHANNA GARCÉS REYES, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud, el mínimo vital, seguridad social y vida digna, los cuales vienen siendo presuntamente vulnerados por la EPS SALUD TOTAL al haberle reconocido el pago de 68 días por concepto de su licencia maternidad y no los 126 días que indica la ley, es decir que la licencia de maternidad le fue reconocida solo de forma proporcional y no en su totalidad.

De acuerdo a las pruebas arrojadas al expediente de tutela y a los argumentos recibidos por todas las partes involucradas en esta acción constitucional, se llega a la conclusión de que, la presente acción de tutela se torna improcedente para reclamar el pago de la licencia de maternidad que solicita la accionante por las siguientes razones.

- (i) La accionante cuenta con otros medios de defensa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, pudiendo recurrir ante la jurisdicción ordinaria a través de un juez laboral.
- (ii) No es posible determinar que la accionante se encuentre ad-ports de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues no aportó ninguna prueba de ello.
- (iii) No se puede presumir la afectación al mínimo vital de la accionante, toda vez que como ella misma lo indica en su escrito de tutela, le fue reconocido y pagado por parte de la EPS accionada la licencia de maternidad de forma proporcional y además de ello, de acuerdo a lo manifestado por el ADRES y las pruebas arrojadas, la actora se encuentra vinculada laboralmente a la empresa IMOBETS SAS, de modo que percibe su salario de manera periódica.
- (iv) La controversia en este caso, no gira en torno a la negativa de la entidad accionada en no reconocerle el pago de la licencia de maternidad, toda vez que la misma si le fue reconocida y pagada, solo que de manera proporcional, controversia que en el caso de marras no compete resolver al Juez de Tutela y por el contrario debe ser desatada por su Juez Natural, que como ya se indicó es el Juez Laboral.

En tanto, como quiera que la accionante pretende a que por este medio se le reconozca el pago de una prestación económica, la Honorable Corte constitucional ha sido clara en manifestar la improcedencia de la tutela para la resolución de conflictos de carácter económicos:

“...La acción de tutela ha sido consagrada constitucionalmente en el artículo 86 de la Carta Política y desarrollada legalmente en el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales. No debe olvidarse que la naturaleza de esta acción es residual y subsidiaria, es decir, procede cuando el afectado no cuenta con otro mecanismo de

¹⁴ Sentencia T-503-2016 M.P. Gabriel Mendoza Martelo

defensa judicial para la satisfacción de sus pretensiones. **Es por ello que, tratándose de conflictos o reclamaciones de orden económico, esta Corporación ha sido clara en señalar la improcedencia de la acción**, en tanto que para este tipo de conflictos existen en el ordenamiento jurídico diferentes mecanismos de protección judicial. En este sentido, en la sentencia T-470 de 1998[1] la Corte dijo:

Las controversias por elementos puramente económicos, que dependen de la aplicación al caso concreto de las normas legales –no constitucionales– reguladoras de la materia, exceden ampliamente el campo propio de la acción de tutela, cuyo único objeto, por mandato del artículo 86 de la Constitución y según consolidada jurisprudencia de esta Corte, radica en la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos constitucionales fundamentales, ante actos u omisiones que los vulneren o amenacen. En consecuencia, el rechazo de la acción de tutela por improcedente, respecto de la pretensión de orden económico, es lo que impone la Carta Política (C.P., art. 86), en la medida en que no se trata de la vulneración de un derecho fundamental y dado que el interesado cuenta con la acción y los recursos ordinarios necesarios”¹⁵

En suma, este despacho encuentra que, al no encontrar probada la existencia de un perjuicio irremediable y, además, existir otros medios de defensa en nuestra legislación a los cuales puede acudir la actora para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, la acción de tutela que aquí se estudia, se torna totalmente improcedente, máxime cuando a la accionante si le fue reconocida y pagada su licencia de maternidad, solo que de manera proporcional, situación que debe ser estudiada de fondo en la Jurisdicción ordinaria y no a través del medio subsidiario y residual de la acción de tutela, motivo por el cual se declarara la improcedencia de la presente acción constitucional y así se hará saber en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien, en gracia de discusión, encuentra este fallador, que la EPS accionada, procedió de forma correcta al realizar el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo cotizado por la accionante, ello de conformidad con las reglas fijadas por la Honorable Corte Constitucional respecto del pago de la licencia de maternidad:

*“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. **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”¹⁶ **Negrilla del Juzgado***

Y en el caso de marras, se encuentra probado que la accionante ingreso a laborar como dependiente en la empresa INMOBETS SAS el día 13 de Junio de 2021 fecha desde la cual se empezaron a realizar los aportes en salud, dando a luz a su menor hija el día 06 de diciembre de 2021 y, de conformidad con las reglas establecidas por la Honorable Corte Constitucional, la accionante debió haber realizado aportes

¹⁵ Sentencia T-155 de 2010

¹⁶ Sentencia T014-2022, M.P. Gloria S. Delgado

de por lo menos 7 meses en el tiempo en el cual se encontraba en estado de gestación que se presume es de nueve meses, para así tener derecho al pago total de su licencia de maternidad, situación que en este caso no sucedió, pues del periodo comprendido entre julio de 2021 (mes en el que inician los aportes en salud) y diciembre de 2021 (mes en el que dio a luz la accionante) da cuenta de que se realizaron aportes como dependiente por el lapso de 6 meses, tiempo que resulta inferior al requerido para ser acreedora al pago total de su licencia de maternidad, siendo lo correcto el reconocimiento y pago de manera proporcional al tiempo cotizado, como en efecto sucedió. En todo caso, deberá ser el Juez Ordinario el encargado de dirimir dicha controversia y no el Juez de Tutela, razón por la cual, como ya se sostuvo en líneas anteriores se declarara la improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO DECIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela instaurada por la señora JOHANNA MARITZA GARCES REYES contra SALUD TOTAL EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes tal como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: DECLARAR que contra el presente fallo procede la **IMPUGNACIÓN** conforme a los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.-

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión, en los términos del Decreto 2591 de 1991.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MANUEL AUGUSTO LÓPEZ NORIEGA
JUEZ. -