



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 54-001-31-05-003-2023-00183-00
ACCIONANTE: JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ
ACCIONADO: NUEVA EPS

Con fundamento en lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamento fáctico de la acción:

Refiere el señor **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ** que padece de *astigmatismo – trastorno de la refracción*, por lo que su médico tratante le remitió a *VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA* y le prescribió *CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OFT FX15ML OPT*, servicios que no le fueron autorizados por ser de vanidad.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte actora pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

1.3. Pretensiones:

La parte actora solicita se ordene a la **NUEVA EPS** autorizar y garantizar la materialización de la *VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA* y el suministro del medicamento *CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OFT FX15ML OPT*.

1.4. Actuación procesal:

La acción de tutela se presentó el 23 de mayo de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, a través de proveído de la misma fecha se dispuso su admisión, notificándose tal actuación a la interesada para garantizar su derecho a la defensa.

1.5. Posición del extremo pasivo de la litis:

La **NUEVA EPS** informa inicialmente que el señor **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ** se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud del Régimen Contributivo en esta entidad. Así mismo, manifiesta que el medicamento *CARBOXIMETILCELULOSA SODICA 5MG/ML EQ.0.5% (SOLUCION OFTALMICA*15ML)* es de dispensación directa, por lo que no requiere autorización previa y puede ser reclamado en la **FARMACIA DE ALTO COSTO AUDIFARMA**. En cuanto a la *VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA*, refiere que se encuentra en gestión de direccionamiento.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico:

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a la tutela de la referencia, corresponde a esta Judicatura determinar si **¿La NUEVA EPS trasgrede los derechos fundamentales invocados del señor JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ al no autorizar y/o garantizar la materialización de la VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA y el suministro del medicamento CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OFT FX15ML OPT, prescrito al prenombrado en consulta llevada a cabo el 30 de marzo del año 2023?**

2.2. Tesis del Despacho en relación con el problema jurídico planteado:

Considera esta Unidad Judicial que en el caso sub examine, la **NUEVA EPS** trasgrede el derecho fundamental a la salud del accionante, al encontrarse acreditado que a la fecha no ha garantizado la prestación de los servicios médicos que le fueron prescritos en consulta llevada a cabo a cargo de esta entidad.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables:

2.3.1.1. Generalidades de la acción de tutela:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la *“protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”* (Negrilla fuera de texto). Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

2.3.1.2. Del Derecho fundamental a la Salud:

La H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha creado una línea jurisprudencial en relación con la procedencia de adquirir la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de arraigo fundamental al ser humano, por este motivo es deber tanto del Estado, como de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.¹

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*² Esta definición indica la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; así lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”*

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido presupuestos para la procedencia del amparo del derecho a la salud por vía de tutela, estableciendo que deben presentarse los siguientes casos: *“(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que*

¹ Sentencia T-999/08.

² Sentencia T-597/93, reiterada en las sentencias T-454/08 y T-566/10.

pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”³

La salud, en su concepción de derecho fundamental, debe ser garantizada bajo criterios de dignidad humana que exigen su protección tanto en la esfera biológica del ser humano como en su esfera mental. En este sentido, el derecho a la salud no solo protege la mera existencia física de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

Es así, que para que se materialice la protección del derecho fundamental a la salud todas las entidades prestadoras del servicio deben procurar que sus afiliados puedan tener un goce efectivo, óptimo y oportuno del mismo, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.⁴

En desarrollo del derecho constitucional a la salud, la Ley 100 de 1993 ha prescrito que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”⁵*, siendo responsabilidad del Estado y las promotoras de salud la prestación de los servicios, medicamentos y procedimientos que requieran los usuarios para el diagnóstico, recuperación o rehabilitación de la salud.

2.3.1.3. Principio de integralidad del Derecho Fundamental a la Salud.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

Dicho criterio es desarrollado por la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015 – en cuyo artículo 8 dispone:

“La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

En ese contexto, sostuvo la H. Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018 que el principio de integralidad que prevé la precitada ley opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio *“se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno”*.

En virtud del principio en comento, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(…) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”⁶*. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

³ Sentencia T-999/08.

⁴ Sentencia T-816/08.

⁵ Artículo 156 literal c) Ley 100 de 1993.

⁶ Sentencia T-760 de 2008.

Al respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia T-209 del 2013, indicó que: “(...) que existe una serie de casos o situaciones que hacen necesario brindar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, tratándose de: **(i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros); o de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras)**”. (Negrilla del Despacho)

Así mismo, la Corte en reciente sentencia T-081 de 2019, ha señalado que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse lo siguiente:

“(...) (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes. (...)” (Negrilla del Despacho)

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine⁷.

Del mismo modo, el máximo tribunal constitucional ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no ser así, le corresponde al juez constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T- 406 de 2015 sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.” (Negrilla del Despacho)

2.4. Caso Concreto:

En el sub examine, el señor **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ**, con la interposición de la presente acción de tutela, y en amparo de sus derechos fundamentales que considera vulnerados, pretende le sea ordenado a la **NUEVA EPS** autorizar y garantizar la materialización de la **VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA** y el suministro del medicamento **CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OPT FX15ML OPT**, que le fue prescrito por su médico tratante en consulta llevada a cabo el 30 de marzo del año 2023, así:

⁷ Sentencia T-387 de 2018.



SOCIEDAD DE OFTALMOLOGIA Y CIRUGIA PLASTICA DE CUCUTA S.A. NIT 900191362
 SEDE-PRINCIPAL AVENIDA 1 # 15-04 LA PLAYA CUCUTA, NORTE DE SANTANDER TELEFONO:
 607-5960150 SEDE PRINCIPAL
<https://clnicasandiegocucuta.com/web/>

ORDEN SERVICIO No. 163599				Atendio : 185 - DANIELA LOREINY GELVEZ LASSO			
Identificación: CC 1092354314		Paciente : JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ		Eddad : 29 Años Sexo : M		HC : CC1092354314	
Fecha Solicitud: 30/03/2023		Fecha Ingreso: 30/03/2023		Cama:			
Cliente : NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SA		Plan : NUEVA E.P.S PGP REGIMEN CONTRIBUTIVO		Tipo Afiliado: Cotizante			
Profesional: MARDY CONSOLACION OCHOA MORALES							
No. Orden	Cod. Servicio	Descripción del servicio					
164388	890202	(1) CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR OTRAS ESPECIALIDADES MEDICAS					
Observación: ESPECIALISTA EN CIRUGIA REFRACTIVA PARA VALORACION							
Valida a Partir de : 30/03/2023							
DIAGNOSTICO PRINCIPAL: H522 - ASTIGMATISMO							

3106347688

Nombres y Apellidos del Médico: MARDY CONSOLACION OCHOA MORALES
 CC - 1092965692

PRESTADOR : CONSULTA EXTERNA PRINCIPAL - SOCIEDAD DE OFTALMOLOGIA Y CIRUGIA PLASTICA DE CUCUTA S.A.
 Dirección : AV 1 15 04 LA PLAYA
 Telefonos : 607-5960150



https://proyectos.simde.com.co/SIS_SANDIEGO/cache/eq0to9.1



SOCIEDAD DE OFTALMOLOGIA Y CIRUGIA PLASTICA DE CUCUTA S.A. NIT 900191362
 AVENIDA 1 # 15-04 LA PLAYA CUCUTA, NORTE DE SANTANDER TELEFONO: 607-5960150
<https://clnicasandiegocucuta.com/web/>

FORMULA MEDICA Nº 24143
 MEDICAMENTO(S) POS FORMULADO(S).

No. EVOLUCION	160396	FECHA FORMULA		30/03/2023			
IDENTIFICACION	CC 1092354314	PACIENTE	JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ	EDAD	29	SEXO	M
CLIENTE	NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SA	PLAN	NUEVA E.P.S PGP REGIMEN CONTRIBUTIVO	TIPO AFILIADO	COTIZANTE	RANGO	A
1. CARBOXIMETILCELULOSA SODICA 0,5% X 15 ML							
VIA DE ADMINISTRACIÓN:		OFTALMICA					
DOSIS		1 GOTA (S) cada 8 Minuto(s)					
CANTIDAD		5 (CINCO) SOLUCION					
DIAS TRATAMIENTO		180 DIA(S)					
OBSERVACION		APLICAR AMBOS OJOS					

DIAGNOSTICO(S) :
 H522 - H527 - Z010 ASTIGMATISMO - TRASTORNO DE LA REFRACCION, NO ESPECIFICADO - EXAMEN DE OJOS Y DE LA VISION

DIAGNOSTICO PRINCIPAL: H522 - ASTIGMATISMO
 MEDICO TRATANTE :



PROFESIONAL : MARDY CONSOLACION OCHOA MORALES
 CC - 1092965692
 ESPECIALIDAD - MEDICO (A) ESPECIALISTA

Imprimió: DANIELA LOREINY GELVEZ LASSO

Fecha Impresión : 30/03/2023 - 00:42 am

Al respecto, la **NUEVA EPS** al ejercer su derecho de contradicción y defensa, manifestó que el medicamento **CARBOXIMETILCELULOSA SODICA 5MG/ML EQ.0.5% (SOLUCION OFTALMICA*15ML)** es de dispensación directa, por lo que no requiere autorización previa y puede ser reclamado en la **FARMACIA DE ALTO COSTO AUDIFARMA**. En cuanto a la **VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA**, refirió que se encuentra en gestión de direccionamiento.

Empero, al no aportar la **NUEVA EPS** evidencia alguna de la gestión realizada en aras de autorizar la consulta en comento, este Despacho estableció comunicación telefónica con la parte, levantándose la siguiente constancia secretarial:

“La suscrita sustanciadora se permite dejar constancia que el día de hoy cinco de mayo del año 2023, siendo las 02:44PM me comuniqué al abonado telefónico 3228634293, donde me atendió la señora **NANCY RAMIREZ**, quien manifestó ser la madre del accionante, pues este labora como guardia de seguridad y no se lleva su teléfono ya que se lo tienen prohibido en su trabajo, pero que ella se encarga de realizar las diligencias médicas de su hijo, por lo que la indagué respecto de lo manifestado por la **NUEVA EPS** en su escrito de contestación.

Al respecto, la señora **NANCY RAMIREZ** informó que ha acudido en diversas ocasiones a la farmacia asignada que no es **AUDIFARMA** sino **INSERCOOP**, donde ya ha perdido una fórmula ya que no le entregan las gotas con el argumento de que se encuentran agotadas. Con relación a la valoración, manifestó que acudió a la **NUEVA EPS** donde la remitieron a la **SAN DIEGO**, pero que en esta entidad no le asignaron consulta al no haber reporte de autorización”.

De lo anterior, si bien no comprende el Despacho por qué la **NUEVA EPS** refirió que el medicamento **CARBOXIMETILCELULOSA SODICA 5MG/ML EQ.0.5% (SOLUCION OFTALMICA*15ML)**, cuando obra certificación de que la farmacia encargada de proveer los medicamentos es la **COOPERATIVA DE INVERSIONES Y SERVICIOS EMPRESARIALES – INSERCOOP**, ya que obra certificación de dicho medicamento pendiente por suministrar⁸, lo cierto es que la **NUEVA EPS** no aportó evidencia alguna que respalde sus manifestaciones. Por el contrario, se tendrá por cierto, en aplicación del principio de buena fe, que a la fecha al señor **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ**, no le han sido garantizados los servicios médicos prescritos en consulta a cargo de la **NUEVA EPS**, responsabilidad que recae sobre esta entidad; situación tal que trasgrede el derecho fundamental a la salud del prenombrado.

En consecuencia, se amparará el referido derecho fundamental, ordenando a la **NUEVA EPS** que, dentro del término de 48 siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones necesarias en aras de autorizar y/o garantizar la materialización de la **VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA** y el suministro del medicamento **CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OFT FX15ML OPT**, que le fue prescrito por su médico tratante en consulta llevada a cabo el 30 de marzo del año 2023 a cargo de esta entidad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud del señor **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las gestiones necesarias en aras de autorizar y/o garantizar la materialización de la **VALORACIÓN DE ESPECIALISTA EN CIRUGÍA REFRACTIVA** y el suministro del medicamento **CARBOXIMETILCEL 0.5% (FREEGEN) SOL OFT FX15ML OPT**, que le fue prescrito a **JAIRO ENRIQUE RIOS RAMIREZ** por su médico tratante en consulta llevada a cabo el 30 de marzo del año 2023 a cargo de esta entidad.

TERCERO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Jueza

⁸ Ver página 13 del archivo 002 del expediente electrónico.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 54-001-31-05-003-2023-00182-00
ACCIONANTE: MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL
ACCIONADO: NUEVA EPS- NORTH LEADER SAS

Con fundamento en lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamento fáctico de la acción:

Refiere la accionante que el 30 de octubre del año 2022, radicó ante la **NUEVA EPS** la documentación requerida para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que le fue prescrita a partir del 25 de septiembre del año 2022 hasta el 28 de enero del año 2023, la cual le fue negada por esta entidad mediante memorial de fecha 15 de noviembre del año 2022.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte actora considera vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital y la igualdad.

1.3. Pretensiones:

La parte actora en amparo de los referidos derechos fundamentales invocados, solicita se ordene a la **NUEVA EPS** cancelar el valor correspondiente a la licencia de maternidad que le fue prescrita desde el 25 de septiembre del año 2022 hasta el 28 de enero del año 2023.

1.4. Actuación procesal:

La acción de tutela se presentó el 23 de mayo de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, se dispuso su admisión a través de proveído de la misma fecha, notificándose tal actuación a la interesada para garantizar su derecho de contradicción y defensa.

1.5. Posición del extremo pasivo de la litis:

1.5.1. La **NUEVA EPS** se opone a la prosperidad de la acción de tutela, advirtiendo un presunto abuso del derecho, pues se debe investigar en mayor profundidad la afiliación al inicio del periodo de gestación y existe inconsistencia en el IBC, pues registra un aumento en referencia del reportado al inicio del contrato, por lo que el empleador debe allegar una serie de documentación en aras de establecer esta situación.

Aunado a ello, expone que previamente la accionante ya había interpuesto una acción de amparo, la cual fue resuelta mediante sentencia de fecha 11 de mayo del año 2023 por el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA**, con el radicado No. 540013107001-2023-000137-00.

1.5.2. La empresa **NORTH LEADER SAS**, guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico:

Corresponde a esta instancia inicialmente determinar si *¿resulta procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de acreencias económicas que devienen de una incapacidad por licencia de maternidad?*

En caso de superar tal análisis de procedibilidad, en el fondo del asunto se debe analizar *¿si la **NUEVA EPS** vulnera los derechos fundamentales invocados por la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL** al no efectuar el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad?*

2.2. Tesis del Despacho:

Considera el despacho que en el caso sub examine, resulta procedente la acción de tutela en tanto al pago de la incapacidad por licencia de maternidad, puesto que, si bien se trata del reclamo de una prestación económica, el pago de la misma tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital en conexidad a la vida digna de la accionante y de su hijo menor de edad.

Respecto del segundo problema jurídico, encuentra esta Judicatura que la **NUEVA EPS** trasgrede los derechos fundamentales de la accionante al no materializar el pago proporcional de la licencia de maternidad de la señora **CASTRO CARVAJAL**, toda vez que, si bien alega que puede existir un posible fraude, no demuestran siquiera de manera sumaria que no exista la obligación de pago reclamada.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables:

2.3.1.1. Generalidades de la acción de tutela:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la *“protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”* (Negrilla fuera de texto). Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

2.3.1.2. Del pago de incapacidades por vía de tutela:

La Corte Constitucional ha señalado que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, tal como lo establece el artículo 53 de la Carta Política.

Adicionalmente, el alto Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento. Al respecto ha indicado:

“De lo anterior puede colegirse que, **el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes**, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación

(ii) **El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.**

Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho ‘debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador’.

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte.”¹ (Negrilla del Despacho)

En ese orden de ideas, como quiera que la jurisprudencia constitucional viene reiterando que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su mínimo vital de subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario, se concluye que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

Ahora bien, en cuanto al pago de incapacidades laborales, debe tenerse en cuenta si la enfermedad de la cual proviene la misma tiene un origen laboral o un origen común, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-200 de 2017, en la cual explicó:

“5.de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Régimen Reiteración de jurisprudencia

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que “(...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.² Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,³ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación, se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

2.3.1.4. De la importancia del reconocimiento de la licencia de maternidad:

Como se ha indicado anteriormente el Estado colombiano otorga especial protección a las personas que por condiciones de salud no puede ejercer sus labores, lo cual no es excepción en el caso de las mujeres gestantes que posteriormente dan a luz, pues se reconoce la imperiosa necesidad que la madre pueda tener tiempo para recuperarse y proveer todos los cuidados que requiere un recién nacido, por lo que se entiende que el pago de la licencia de maternidad en últimas lo que busca es una

¹ Sentencia T-772 de 2007. Posición reiterada, entre otras, en las sentencias T-680 de 2008, T-468 de 2010 y T-237 de 2011.

² Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

³ Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

protección en doble vía; tanto para la madre como para el recién nacido, tal como lo ha indicado la H. Corte Constitucional en distintas providencias, como en la sentencia T-224 del 2021:

“Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cubija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad

La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido^{37F}

Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico”

2.3.1.5. Del requisito de inmediatez para el reconocimiento de licencia de maternidad por vía de tutela:

Como se dijo anteriormente, la acción de tutela tiene unas características específicas que le permite propender por la protección de los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren en nuestro territorio, diferenciándose de otras acciones judiciales por su informalidad y el hecho que puede ser presentado por cualquier ciudadano sin requerir la representación legal de un profesional en derecho, no obstante, dichas características especiales no exoneran a los accionantes de cumplir con unas cargas mínimas, siendo una de estas el principio de inmediatez, el cual implica que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir de la supuesta amenaza y violación de sus derechos fundamentales.

No obstante, en el caso de las acciones de tutelas que persiguen el pago de licencias de maternidad, la Corte Constitucional en senda jurisprudencia, ha establecido un criterio claro, como se establece en la sentencia

“En virtud del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se puede interponer “*en todo momento*” y, por ende, no tiene término de caducidad. No obstante, de su naturaleza como mecanismo para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales, se puede establecer que su finalidad es dar una solución de carácter urgente a las situaciones que puedan generar una vulneración o amenaza a derechos fundamentales. En tal sentido, este Tribunal ha establecido que, para que se entienda cumplido el requisito de inmediatez en la interposición de una acción de tutela, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias del caso para determinar si existe un plazo razonable entre el momento en el que se interpuso el recurso y en el que se generó el hecho u omisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante. **Además, para el pago de licencias de maternidad, esta Corporación ha exigido que la acción de tutela se presente dentro del año siguiente al nacimiento**”

2.3.1.6. De la Cosa Juzgada en materia de tutela:

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha señalado que para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, que en materia de tutela implica también la imposibilidad de nueva decisión judicial sobre los asuntos que ya han sido sometidos al examen de los jueces, es necesario que se presente respecto de los procesos de los que se predica coincidencia, la triple identidad de las partes, las pretensiones y los hechos.

Al respecto, en la sentencia T-237 de 2013 se indicó:

“Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional ha sostenido que la proscripción de las acciones de tutelas temerarias encuentra sustento en los artículos 83 y 95 de la Constitución Política, en los que se establecen los deberes de los particulares de actuar de buena fe y de no abusar de sus derechos, y en el artículo 209 de la Constitución Política, en el que se consagra el deber del Estado de actuar con base en los principios de economía y eficacia. La Corte Constitucional ha señalado que el

estudio de los elementos de las acciones que se consideran prima facie temerarias debe ser minucioso, ya que la acción de tutela es un derecho fundamental, y cualquier restricción en su ejercicio para proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia debe ser limitado. Por lo tanto, con el estudio propuesto se debe establecer si entre las acciones existe identidad de partes, hechos y pretensiones, así como la posible mala fe de la parte accionante en la interposición de las mismas, condición necesaria para concluir que la actuación fue temeraria.”

Así mismo, al analizar las diferencias entre la cosa juzgada y la temeridad, el máximo órgano constitucional expuso en la sentencia T-568 de 2013, lo siguiente:

“Configuración de la actuación temeraria y la cosa juzgada constitucional en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia⁴.

1. Esta Corporación mostrará que su jurisprudencia ha estudiado los fenómenos que nacen de la presentación de múltiples demandas de tutela con relación a unos mismos hechos. Advertirá que en estos eventos se trata en algunos casos de temeridad y en otros de cosa juzgada constitucional. La Sala procederá a explicar cada uno de dichos conceptos, con el fin de establecer cuándo se configuran y la posibilidad de que se presente la simultaneidad en su perfeccionamiento en una situación determinada.

La Corte ha concluido que declarar improcedente la acción de tutela por temeridad debe estar fundado en el actuar doloso y de mala fe del peticionario, toda vez que esta forma de proceder es la única restricción legítima al derecho fundamental del acceso a la administración de justicia que implica el ejercicio de la acción de tutela. Lo antepuesto se basa en que las limitaciones “que se impongan al mismo con el fin de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben ser limitadas”⁵.

Por eso, la temeridad se configura solo cuando concurren los siguientes elementos: “(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones⁶”; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda⁷, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de tutela es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad⁹.

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹⁰; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante¹¹.

El fallo T-1034 de 2005 precisó que existen supuestos que facultan a una persona a instaurar nuevamente una acción de tutela sin que sea considerada temeraria, que consisten en¹²: i) el surgimiento de circunstancias fácticas o jurídicas adicionales. “Es más, un hecho nuevo puede ser, y así lo ha considerado la Corte¹³, la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la

⁴ En esta oportunidad la Sala reiterará lo establecido en las sentencias T-053 de 2012 y T-185 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva con relación a las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad.

⁵ Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Sentencias T-502 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁷ Sentencia T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; otras, en las cuales se efectúa un recuento similar son las providencias T-020 de 2006, T-593 de 2002, T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-263 de 2003 T-707 de 2003.

⁸ Sentencias T-568 de 2006, T-951 de 2005, T-410 de 2005, T-1303 de 2005, T-662 de 2002 y T-883 de 2001.

⁹ El juez puede considerar que una acción de tutela es temeraria siempre que considere que dicha actuación: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”. Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 y T-185 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Sentencia T-721 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis

¹¹ Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

¹² Sentencia T-566 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹³ Sentencia T-009 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Si la *causa petendi* está constituida por las razones – de hecho y de derecho – que sustentan la petición formulada, no cabe duda de que, entre las primeras y las segundas decisiones proferidas, existe una muy relevante diferencia. Lo que motivó las últimas solicitudes de amparo y la orden judicial de protección del derecho vulnerado, fue la expedición de la sentencia SU-36/99, es decir, la adopción de una nueva doctrina que debe ser aplicable siempre que pueda verificarse que la vulneración persiste por razones ajenas a la parte actora y que es jurídica y fácticamente posible la protección judicial. Finalmente, no puede afirmarse que existe una vulneración de la cosa juzgada, pues lo que verdaderamente se produjo en los fallos de primera instancia, fue el rechazo de la acción por considerar que se trataba de un mecanismo improcedente dada la existencia de mecanismos alternativos de defensa. No hubo, por ello, un pronunciamiento de fondo sobre los hechos del caso, como si ocurre en la presente sentencia.

violación de derechos fundamentales en casos similares”¹⁴; y ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.

Esta Corporación ha planteado una regla interpretativa que permite identificar si existe mala fe en una actuación en la que se evidencia la duplicidad de demandas de tutela, la cual responde a que el peticionario manifieste o no “la existencia de tutelas anteriores que puedan relacionarse con el mismo asunto”¹⁵, es decir, “[e]l que interponga una acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos”¹⁶.

Para la Sala la interposición de varias acciones de tutela en forma repetida y reiterada es incompatible con el principio de cosa juzgada constitucional. Esta Corte ha estimado que “los fallos judiciales deben ser definitivos y capaces de concluir o culminar el litigio propuesto, de lo contrario, las relaciones contenciosas nunca saldrían de la incertidumbre, con grave perjuicio para los intereses de las partes”¹⁷. Como respuesta a ese imperativo se construyó la institución procesal de la cosa juzgada, la cual se viene a constituir en el “fin natural del proceso.”¹⁸.

En sentencia C-774 de 2001¹⁹, la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: “es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”.

La función de la institución de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas y vinculantes, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Además, conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil esta Corte estableció que la cosa juzgada se configura cuando se presenta:

“Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.”²⁰

Específicamente, las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada. Vale decir que este fenómeno ocurre cuando la Corte Constitucional “adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”²¹.

Conjuntamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido varios eventos en los que queda desvirtuada la cosa juzgada entre dos acciones de tutela, como son que la segunda demanda se fundamente²² en: i) hechos nuevos, que no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad por el juez; y ii) elementos fácticos o jurídicos nuevos, los cuales fueron desconocidos por el actor y no tenía manera de haberlos conocido en la interposición de la primera acción de tutela. Al respecto, la Corte

¹⁴ Sentencia T-1034 de 2005 M.P Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Sentencia T-560 de 2009. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Decreto 2591 de 1991, artículo 37.

¹⁷ Sentencias C-622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub

¹⁸ J. Ramón Ortega R. “De las excepciones previas y de mérito” Ed. Temis. Pág. 91, 1985.

¹⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Sentencia C-744 de 2011 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Sentencia T-649 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² Sentencia T-560 de 2009 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ha señalado que la nueva jurisprudencia fijada por las salas de esta Corporación es un hecho novedoso que excluye la configuración de la cosa juzgada en un asunto²³.

Una vez analizadas las instituciones referidas, la Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: “i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”²⁴.

En síntesis, la Corte concluye que las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia. (...)

2.3. Caso Concreto:

En el sub examine, la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL**, con la interposición de la presente acción de tutela, pretende le sea ordenado a la **NUEVA EPS** reconocer y pagar la licencia de maternidad que le fue prescrita desde el 25 de septiembre del año 2022 hasta el 28 de enero del año 2023.

Al respecto, a **NUEVA EPS** al ejercer su derecho de contradicción y defensa, se opuso a la prosperidad de la acción de tutela, advirtiendo un presunto abuso del derecho, pues se debe investigar en mayor profundidad la afiliación al inicio del periodo de gestación y existe inconsistencia en el IBC, pues registra un aumento en referencia del reportado al inicio del contrato, por lo que el empleador debe allegar una serie de documentación en aras de establecer esta situación.

Aunado a ello, expuso que previamente la accionante ya había interpuesto una acción de amparo, la cual fue resuelta mediante sentencia de fecha 11 de mayo del año 2023 por el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA**, con el radicado No. 540013107001-2023-000137-00, aportando como adjunto al escrito de contestación, el referido fallo.

En atención a la anterior manifestación, inicialmente el Despacho procederá a analizar si se configura la figura jurídica de la cosa juzgada.

Al efecto, en sentencia C-774 de 2001²⁵, la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: *“es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. (...) Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”*.

La función de la institución de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas y vinculantes, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Además, conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil esta Corte estableció que la cosa juzgada se configura cuando se presenta identidad de objeto, de causa petendi y de partes.

²³Sentencia T-266 de 2011 y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²⁴Ibidem.

²⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Dicho esto, analizada la sentencia proferida el 11 de mayo del año 2023 por el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA**, con el radicado No. 540013107001-2023-000137-00, advierte el Despacho en primera medida que no se configura la identidad de parte, puesto que la presente acción de tutela es interpuesta por la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL**, por el contrario, la acción de amparo adelantada dentro del proceso 2023-00137, la adelantó el señor **ANDRES JOSE CARDENAS MUÑOZ** en su calidad de representante legal de la empresa **NORTH LEADERS SAS**, la cual por demás se declaró improcedente por falta de legitimación en la causa por activa.

Así las cosas, es claro que al ser la legitimación en la causa por activa un requisito de procedencia de la acción y al no cumplirse con éste se declaró improcedente, es claro que, no se discutió de fondo el derecho de la aquí accionante al pago de la licencia de maternidad, concluyéndose que al no cumplirse con los presupuestos establecidos para ello, no se configura el fenómeno de cosa juzgada alegado.

Ahora bien, al pretenderse con la presente acción de amparo el reconocimiento de la licencia de maternidad prescrita a la accionante, se deberá analizar los requisitos de procedibilidad de legitimación en la causa por activa; legitimación en la causa por pasiva; inmediatez; y subsidiariedad, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional²⁶.

(i) **Legitimación en la causa por activa:**

Se acredita este requisito, puesto que la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL** es a quien se concedió la licencia de maternidad pretendida.

(ii) **Legitimación en la causa por pasiva:**

Se probado que la señora **CASTRO CARVAJAL** se encuentra afiliada a la **NUEVA EPS** desde el 01 de agosto del año 2021.

(iii) **Inmediatez:**

Como se desarrolló en acápite anteriores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que, respecto de la licencia de maternidad, la fecha razonable para la presentación de la acción de tutela y obtener su pago, es en el término de 01 año contado a partir del nacimiento del menor.

En este caso, se encuentra probado que la fecha de parto fue el 25 de septiembre del año 2022, y la acción de tutela se presentó el 23 de mayo del año 2023, encontrándose además que el pago de dicha licencia fue negado mediante correo electrónico de fecha 15 de noviembre del año 2022 por la **NUEVA EPS**, estando dentro del término establecido, encontrándose acreditado dicho requisito.

(iv) **Subsidiariedad:**

En numerosas oportunidades, la Corte ha indicado que la negativa del pago de la licencia de maternidad puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la madre y de su hijo. Por tal motivo, el hecho de tener que acudir a los mecanismos ordinarios para el reconocimiento de dicha prestación podría vulnerar el goce efectivo de estos derechos. De manera que el juez constitucional se encuentra facultado para conocer del asunto. Sobre el particular, en la Sentencia T-278 de 2018 se sostuvo lo siguiente:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de amparo constitucional, en no atención al compromiso de proteger derechos fundamentales que su falta de reconocimiento puede representar.”

²⁶ Sentencia T-526 de 2019, entre otras.

En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la falta de pago oportuno de la licencia de maternidad, en ocasiones, puede afectar los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su menor hijo, circunstancias en las que la remisión a las acciones ordinarias para solucionar la controversia puede hacer nugatorio el goce efectivo de tales derechos fundamentales, por lo que se activa la competencia del juez constitucional para conocer de fondo la materia”

Así, dada la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad o licencia de maternidad en la garantía de derechos fundamentales de la madre y el menor recién nacido, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal de su capacidad laboral por encontrarse en recuperación de su parto y suministrando los cuidados necesarios para el recién nacido, encontrando que el pago de la misma tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Por consiguiente, se concluye que, si bien en principio la acción de tutela no es el mecanismo para reclamar acreencias de índole económico, los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad y licencias, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, máxime cuando dicho auxilio constituye en la única fuente de ingreso durante su periodo de incapacidad.

Pues bien, superado el análisis de procedencia, en el fondo del asunto encuentra el Despacho que, en efecto, a la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL** le fue prescrita una licencia de maternidad de la siguiente manera:

NUEVA EPS S.A		CERTIFICADO DE INCAPACIDAD O LICENCIA POR MATERNIDAD		EMISION DE INCAPACIDAD			
Pág. 1 de 1	Estado	Transcrita		Nro Incapacidad	0008426562		NIT. 900.156.264-2
No. de Autorización	Oficina	0194	CENTRAL	No. de Solicitud	187629720		
Cotizante	Fecha Recepción	CC 1090473509	MARIA FERNANDA CASTRO	Edad	29	Tipo Trabajador	Dependiente
Empleador	Fecha Recepción	24/10/2022	Fecha de Expedición	26/09/2022			
IPS	Empleador	NT 900977475	NORTH LEADER SAS				
Días de Incapacidad	Fecha Inicio	126	25/09/2022	Fecha Terminación	28/01/2023		
Prórroga	Fecha de Parto	NO	25/09/2022	Fecha Probable de Parto	25/09/2022		
Diagnóstico	Contingencia	O800	LICENCIA DE MATERNIDAD		38 Semanas de Gestación		
Tipo de Licencia	Tipo de Licencia	PARTO NORMAL		Procedimiento Estético	NO		
Profesional Reg Med	Ingreso Base de Liquidación	88279660					

Por su parte, la **NUEVA EPS** se opuso al pago de la misma ante un posible abuso del derecho, por encontrar inconsistencia en el IBC de la accionante por un aumento del mismo, al registrar un salario de \$908.526 para el 15 de febrero del año 2022 de inicio del contrato y actualmente un salario de \$2.100.000 así como de la fecha de afiliación.

Empero, revisado el certificado de afiliación emitido por la **NUEVA EPS** obrante en el plenario, se advierte que la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL** reingresó a esta EPS el 15 de febrero del año 2022 con el IBC de \$1.950.000, veamos:

NUEVA EPS S.A
NIT: 900156264-2
CERTIFICA QUE:

El 03/03/2022, el empleador NORTH LEADER SAS identificado con NIT número 900977475 registró la siguiente solicitud de reintegro en nuestro portal transaccional.

NÚMERO DE RADICACIÓN	FECHA DE RADICACIÓN	TIPO DE SOLICITUD
4212204	03/03/2022	Reingresos

DETALLE

TIPO	IDENTIFICACIÓN	NOMBRE COTIZANTE	IBC	CARGO	FECHA
CÉDULA DE CIUDADANÍA	1090473509	MARIAFERNANDA CASTRO CARVAJAL	1950000	ASESOR COMERCIAL	2022-02-15

La siguiente certificación se expide a solicitud del interesado a los 3 días del mes de Marzo del año 2022.

Cordialmente,



GERENCIA NACIONAL DE AFILIACIONES
Nueva

Aunado a ello, se evidencia, tanto de los aportes aportados por la **NUEVA EPS** como en los certificados de Aportes en Línea aportados con el escrito de tutela, que desde el periodo 2022-03 a 2023-01 se efectuó el pago de aportes en salud con el IBC de \$1.950.000, es decir, durante la gestación la accionante siempre tuvo el mismo ingreso base de cotización y únicamente se modificó en el año 2023, en razón al aumento salarial.

Además, la **NUEVA EPS** demuestra una total falta de diligencia, pues no aporta constancia alguna que demuestre que dicha situación había sido puesta en conocimiento a la accionante o su empleador, siendo la acción de tutela un procedimiento sumario en donde no se puede adelantar la investigación por una presunta irregularidad en el pago de los aportes, esto bajo el entendido que la **NUEVA EPS** tiene la potestad de adelantar cualquier investigación que considere procedente y tomar las acciones legales para tal fin.

Por el contrario, se encuentra demostrado que mediante comunicación del 15 de noviembre del año 2022, la **NUEVA EPS** negó el pago de la licencia de maternidad pretendida, aduciendo mora en el pago de aportes en salud para el periodo 2022-09, situación que no es óbice para negar su reconocimiento, pues esta entidad contaba con los mecanismos para iniciar las acciones de cobro pertinentes al empleador en mora, sin embargo, no lo hizo y continuó prestando los servicios en salud a la accionante.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sido enfática en que:

“(…) asentir 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.

En el mismo sentido, es importante resaltar que, como bien ya se dijo en los acápites 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 EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo.”

De otra parte, analizados en su totalidad los elementos documentales obrantes en el plenario, se tiene que la accionante reporta aportes en seguridad social en salud de la **NUEVA EPS** desde el periodo 2022-

03 en adelante, y al haber tenido la fecha de parto el 25 de septiembre del 2022, por lo que no puede entenderse que que cotizó durante la todo el tiempo de su embarazo, no es menos cierto que el inciso segundo del artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016 ha establecido que “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 período 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 período real de gestación”, situación que se adapta por completo a la de la accionante, pues si bien no lo indica de esa manera se presume que cuando inició su contrato de trabajo (o su afiliación) ya se encontraba en estado de embarazo, por lo que resulta necesario ordenar el pago proporcional de la licencia de maternidad concedida en favor de la señora **CASTRO CARVAJAL**.

Así las cosas, se cumplen con los requisitos fijados por la Corte Constitucional para el reconocimiento de la prestación pretendida vía tutela, atendiendo además que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por lo que requiere la intervención del Despacho para proteger su derecho fundamental al mínimo vital ordenando a la **NUEVA EPS** que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a realizar el pago proporcional del periodo real de gestación con los periodos cotizados, de la licencia de maternidad en favor de la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL**, desde el 25 de septiembre del año 2022 al 29 de enero del año 2023.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **NUEVA EPS** que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar la totalidad de trámites administrativos necesarios a efectos materializar el pago proporcional del periodo real de gestación con los periodos cotizados, de la licencia de maternidad prescrita a la señora **MARIA FERNANDA CASTRO CARVAJAL**, desde el 25 de septiembre del año 2022 al 29 de enero del año 2023.

TERCERO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

CUARTO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Jueza