



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

RADICADO N°: 54-001-41-05-001-2023-00256-00
PROCESO: ACCION DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: NANCY ESPERANZA ALVAREZ ANGARITA
DEMANDADO: NUEVA EPS
ASUNTO: SENTENCIA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Teniendo como fundamento 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. Fundamentos facticos de la acción:

Acude la accionante **NANCY ESPERANZA ALVAREZ ANGARITA**, a través de esta acción interpuesta a efectos de que la accionada **NUEVA E.P.S**, proceda al pago de las incapacidades otorgadas por el médico tratante y que han sido expedidas por el diagnóstico de cáncer de mama desde el mes de septiembre de 2021, cuando era beneficiaria de su hija como afiliada y posteriormente como cotizante, dejando de recibir el pago de ocho (8) incapacidades que no le ha reconocido la accionada.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte accionante invoca como vulnerado el derecho fundamental a la Vida Digna, y señala a la **NUEVA EPS**. como la entidad causante de dicho quebrantamiento.

1.3. Pretensiones:

En aras de garantizar el derecho fundamental incoado como vulnerado por la accionante, solicita que se le ordene a la **NUEVA EPS**:

1. El pago de las incapacidades relacionadas dentro de la presente acción de tutela.

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela se presentó el día 25 de julio 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, notificando a la accionada **NUEVA E.P.S**. Dentro de la referida decisión, se le concedió a la accionante la medida provisional solicitada.

Cumplíendose la ritualidad de notificación a la accionada el día 26 de julio de 2023 a los correos electrónicos que se tienen de las accionadas.

Johanna.guerrero@nuevaeps.com.co
notificacionestutelas@nuevaeps.com.co

1.5 Posición del extremo pasivo de la Litis:

La accionada **NUEVA E.P.S.** traba la litis contestando en su oportunidad a los hechos y pretensiones lo siguiente:

La accionada **NUEVA E.P.S.** da respuesta en su oportunidad señalando que la afiliada presentó para trámite incapacidad de transcripción y frente a ellas se le notificó lo pertinente, aportando la relación de las mismas y haciendo referencia del número de radicación, identificación de la cotizante, fecha de radicación, fecha de inicio, estado de la solicitud, causal de no transcripción. De ello se puede observar del cuadro relacionado en la respuesta.

Manifiesta que la empresa aportante PROCESOS LOGÍSTICOS Y DE DISTRIBUCIÓN DE OCCIDENTE SAS solicitó el pago de la incapacidad No. 8865363 a nombre de la accionante el 13 de abril de 2023, la cual no se la reconocieron por improcedente pues señala que no presentaba ninguna relación laboral para efectos de su reconocimiento. Ello dando aplicación al artículo 40 Decreto 2353 de 2015.

Señala la accionada que la parte actora no allegó la transcripción de ellas, por lo que deberá realizar el proceso respectivo en los medios que para tal caso ha dispuesto la entidad. Como soporte a su consideración allega la relación de aportes al SGSSS.

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 lo siguiente:

Si (i) la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante por el no pago del subsidio de incapacidad; (ii) si de acuerdo al régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – la accionada es la entidad responsable de efectuar el pago; (iii) finalmente, se resolverá el caso concreto.

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

Considera esta Unidad Judicial que en el caso sub examine, la entidad accionada **NUEVA EPS**, se ha negado a resolverle la pretensión de la accionante de cancelar algunas incapacidades a la accionante por lo que le vulnera el derecho fundamental invocado.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:

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.

2.3.1.1.1. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica.

El citado artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad, por lo que se procederá a hacer el correspondiente estudio.

2.3.1.1.1.2. Legitimación por activa

De acuerdo al referenciado artículo superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 10° del Decreto-Ley 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, precisa lo siguiente:

“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. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

Por tanto, para esta operadora, la solicitud de tutela objeto de estudio cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa, en la medida en que la solicitante, **NANCY ESPERANZA ALVAREZ ANGARITA**, ejerció en nombre propio la acción de tutela como presunta afectada en su derecho fundamental.

2.3.1.1.1.3. Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5°, 13 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Bajo esta premisa, considera este Despacho que la solicitud de tutela objeto de revisión cumple con este requisito, en cuanto la accionada es la Nueva EPS, entidad encargada de la prestación de un servicio público, como lo es, la salud¹.

Adicionalmente, la accionada está legitimada en razón a que es a esta a la que se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales cuya protección se reclama.

2.3.1.1.4. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política², el artículo 6° del Decreto-Ley 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, deberá ejercerse la acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela³ y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Esta corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser **idóneo** cuando es materialmente *apto* para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y **efectivo**, cuando está diseñado para brindar una protección *oportuna* a los derechos amenazados o vulnerados⁴.

De acuerdo con el sistema normativo colombiano, el recurso ordinario apto para ventilar las pretensiones de índole económico -específicamente el tendiente a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales- es la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria⁵.

Sin embargo, esa Alta Corporación excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

¹ Constitución Política, art. 48: "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley (...)".

² Constitución Política, art.86: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

³ D.2591/91, Art. 8.

⁴ T-211 de 2009, T-222 de 2014, SU-961 de 1999.

⁵ A partir de la vigencia de la Ley 1949 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud no es competente para conocer de demandas cuya pretensión sea el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, tales como incapacidades, licencias de maternidad y/o paternidad. Esto, debido a que el artículo 6° de la ley en comento suprimió el literal g, que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 había adicionado al artículo 41 de la Ley 122 de 2007 y, que en su tenor señalaba como competencia de la Superintendencia, en virtud de su función jurisdiccional, el "Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador". De manera que actualmente, el único competente para conocer de estos asuntos, es la jurisdicción del trabajo, conforme al numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el art.622 de la Ley 1564 de 2012, que prevé como asunto a su cargo el decidir sobre "Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos".

El pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental: i) a 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”; y ii) **el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, “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”**⁶. (Negrilla fuera de texto)

Con base en lo expuesto, pasará esta Unidad Judicial verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso *sub examine*, como elemento indispensable de la procedencia de la acción que nos ocupa.

El escrito de tutela cuestiona el no pago de las incapacidades por parte de la Nueva EPS; sin embargo, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades del juez ordinario laboral.

No obstante, este juzgado constitucional observa que, en este caso, la acción de tutela la ejerce una mujer que tiene afectaciones y padecimientos en su salud de manera persistente -por diagnóstico de cáncer en mama- desde el año 2021, ya que desde entonces se le han prescrito incapacidades médicas. Y además, que desde el mes de mayo de 2022, fecha en que empezó a cotizar en el régimen contributivo, toda vez, que accedía al servicio de salud de la accionada a través de la afiliación de su hija que la tenía como beneficiaria, inició las quimioterapias como tratamiento del diagnóstico que presenta.

Así, la situación de la ausencia y/o la dilación de los pagos que la accionante reclama, la sitúan en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, considera esta Unidad Judicial que en el asunto bajo examen el medio judicial ordinario carece de eficacia, más aún cuando existe una amenaza grave sobre su mínimo vital, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes.

En consecuencia, se estima que la tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo, esta no resulta efectiva

2.3.1.1.1.5. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita ante la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación del escrito de tutela, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar aprobando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, si bien las incapacidades sobre las cuales se reclama el pago parten desde el 30 de junio de 2022, lo cierto es que, conforme a lo señalado por la solicitante, la conducta omisiva de la accionada se mantiene de forma intermitente hasta la fecha de la presentación de la solicitud de tutela.

Al respecto, la Corte ha sostenido de forma reiterada⁷, que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, cuando se demuestre que la vulneración

⁶ T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-490 de 2015, T-200 de 2017.

⁷ Ver las sentencias T-161 de 2019, SU- 428 de 2016, T-691 de 2015, T-345 de 2009, entre otras.

es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual. De manera que en este caso se cumple con este requisito, si se tiene en cuenta que la vulneración de los derechos invocados es continuada y persiste, toda vez que la omisión de la accionada se ha prolongado en el tiempo de forma intermitente y a la fecha, en principio, la solicitante sigue sin percibir el pago de las incapacidades reclamadas, lo cual, en su decir, afecta su mínimo vital.

2.3.1.1.2. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013⁸, las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, “*(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez*”⁹.

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad¹⁰ radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012¹¹, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador¹².

⁸ El artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

⁹ T-490 de 2015.

¹⁰ De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante.

¹¹ El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, previamente modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

¹² Decreto Ley 019 de 2012, art.121.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación¹³, esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación¹⁴.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 1753 de 2015¹⁵, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada¹⁶.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

2.4. Análisis del caso en concreto:

NANCY ESPERANZA ALVAREZ ANGARITA, actuando en nombre propio, presenta solicitud de tutela de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual considera vulnerados por la **NUEVA EPS**, por el no pago de 8 incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, correspondientes a los siguientes periodos de acuerdo a lo relacionado por la accionante:

¹³ Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso quinto.
¹⁴ Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.
¹⁵ Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio de 2015.
¹⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017.

FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACION	DIAS	DIAGNOSTICO	
13/07/2023	11/08/2023	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
20/06/2023	19/07/2023	30	C509	TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, EN PARTE NO ESPECIFICADA
7/02/2023	8/03/2023	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
28/10/2022	26/11/2022	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
28/09/2022	27/10/2022	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
29/08/2022	27/09/2022	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
30/07/2022	28/08/2022	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
30/06/2022	29/07/2022	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA

Con fundamento en las consideraciones antes efectuadas y la información recaudada en esta sede, pasa entonces esta Unidad Judicial a verificar la veracidad de los hechos y, de ser el caso, a emitir las órdenes correspondientes para hacer cesar la vulneración.

Mediante comunicación del 28 de julio de 2023, la **Nueva EPS** aseguró a este despacho Constitucional, que “En respuesta a su comunicación en referencia y en concordancia con las normas que regulan y vigilan el sistema de Seguridad Social en Salud relacionamos las incapacidades para las cuales no se encontró procedente el reconocimiento económico por las razones que se exponen a continuación”... Para tal efecto allega el siguiente cuadro en el que hare mención delas incapacidades que no fueron reconocidas asi:

N° Radicación	Identificación Cotizante	Fecha de Radicación	Fecha Inicio	Estado de la Solicitud	Causal de No Transcripción	Causal de No Transcripción 2
EIN4042985	60321036	14/07/2023	29/08/2022	DEVUELTO	Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogas necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)	Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha 29/08/2022.
EIN4042979	60321036	14/07/2023	28/09/2022	DEVUELTO	Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogas necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)	Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha 28/09/2022.
EIN4042972	60321036	14/07/2023	28/10/2022	DEVUELTO	Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogas necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de	Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha 28/10/2022.

					las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)	
EIN4042844	60321036	14/07/2023	20/06/2023	DEVUELTO	Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogada es necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)	Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha 20/06/2022
EIN4042840	60321036	14/07/2023	13/07/2023	DEVUELTO	Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogada es necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)	Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha 13/07/2023

Ahora bien, conforme al certificado de incapacidades allegado por la Nueva EPS en sede de revisión, se puede advertir que no están la totalidad de las incapacidades, cuyo pago la solicitante echa de menos, solo relaciona cinco (05) de ellas:

29/08/2022	27/09/2022	30
28/09/2022	27/10/2022	30
28/10/2022	26/11/2022	30
20/06/2023	19/07/2023	30
13/07/2023	11/08/2023	30

De estas cinco incapacidades relacionadas señala como justificación que son devueltas consignando lo siguiente: *...Teniendo en cuenta que la incapacidad actual es prorrogada es necesario que radique sus incapacidades previas de lo contrario favor aportar certificado del empleador indicando la no existencia de las mismas (Concepto Jurídico 201611602242601)... Se requieren todas las incapacidades anteriores a la fecha...* queriendo señalar que debe presentar las incapacidades anteriores a las que solicita

El Decreto 1427 de 2022 por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, y se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud en su Capítulo 3 que trata sobre las Incapacidades de origen común, el artículo 2.2.3.3.1 refiere:

... Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común.

Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.
2. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.
3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.

Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas. (Negrilla fuera de texto)

El Decreto 2353 de 2015, en su artículo 81 corrobora el término que requiere el afiliado para recibir el pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general:

Artículo 81. Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general conforme a las disposiciones laborales vigentes, **se requerirá que los afiliados hubieren efectuado aportes por un mínimo cuatro (4) semanas.** No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se excluidos del plan beneficios y sus complicaciones.(Negrilla fuera de texto)

La accionada en su escrito remisorio adjunta la tabla de cotización de la accionante la cual señala que ...Registra aportes por concepto de cotizaciones al SGSSS, desde 01/01/2022 a 01/07/2023 de la siguiente manera:

Periodo	IBC	Aporte	Días	Fecha de pago	Nit		Razon Social	Planilla
01/05/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	27/05/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849435405714
01/06/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	29/06/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849436730512
01/07/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	28/07/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849438014339A
01/08/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	29/08/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849439386969
01/09/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	27/09/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849440635475
01/10/2022	\$1,000,000	\$40,000	30	27/10/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849441964048
01/11/2022	\$33,334	\$1,400	1	30/11/2022	NT	901420179	MARKET PLACE EVENT BPO S A S	849443113687
01/01/2023	\$1,000,000	\$40,000	30	06/01/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849445227650
01/02/2023	\$1,160,000	\$46,400	30	23/02/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849447200170
01/03/2023	\$1,160,000	\$46,400	30	31/03/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849449179495
01/03/2023	\$38,667	\$1,600	1	30/03/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849449160237
01/04/2023	\$1,160,000	\$46,400	30	25/04/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849450123021
01/05/2023	\$1,160,000	\$46,400	30	26/05/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849451273402
01/06/2023	\$1,160,000	\$46,400	30	27/06/2023	NT	901505381	PROCESOS LOGISTICOS Y DE DIS	849452758118

La fecha de expedición de la citada relación de aportes es del 27 de julio de 2023.

En este caso, la accionante alega que fue diagnosticada con cáncer de mama en septiembre de 2021, y que, en ese momento se encontraba como beneficiaria de su hija en la NUEVA E.P.S., sin embargo, que al nacer su nieto no pudo seguir gozando de ese beneficio; y empezó a cancelar su seguridad social. Refirió que, en mayo de 2022, inició el tratamiento de quimioterapia, se cambió al régimen contributivo y empezó a realizar el pago de aportes.

Por esa causa, considera este Despacho que verdaderamente es necesario que sean transcritas las incapacidades presentadas por la accionante, por ser prórrogas, con el fin de determinar desde que momento se produjo la primera incapacidad y definir si se cumple con la exigencia del artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016, para establecer si hay lugar al pago de las incapacidades a partir de junio de 2022.

Igualmente, se advierte de la respuesta de la NUEVA EPS que algunas de las incapacidades concedidas a la accionante, también fueron negadas porque en el periodo respectivo no presentaba relación laboral vigente.

Por su parte, encontramos de la relación allegada por la accionante la incapacidad:

7/02/2023	8/03/2023	30	C505	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR EXTERNO D ELA MAMA
-----------	-----------	----	------	---

La Accionada **NUEVA EPS**, sobre esta incapacidad y de acuerdo con las fechas de otorgadas, cita una incapacidad No. 8865363, y que se entiende que se trata de la relacionada por la accionante del periodo comprendido entre el 07/01/2023 al 08/03/2023. En esta, la justificación de la accionada para negarle el reconocimiento y pago de la incapacidad fue:

Causal de no reconocimiento: 6. No es posible efectuar el reconocimiento económico teniendo en cuenta que para el periodo de la incapacidad no presenta relación laboral vigente. En los caso de omisión de la información de la vinculación laboral será el empleador quien asume el valor que las incapacidades generadas. Fundamento Normativo Decreto 2353 de 2015, art.40

Por lo explicado, esta Unidad Judicial considera que no existe un negativa infundada, por cuanto le está exigiendo a la actora las incapacidades generadas por su médico tratante, con el fin de determinar si es procedente su reconocimiento y pago; debido a que de conformidad con lo establecido en el numeral 7° del Artículo 14 del Decreto 1485 de 1995 en concordancia con lo señalado en el literal g) del Artículo 64 del Decreto 806 de 1998, dee verificar que no se incurra en conductas fraudulentas para obtener beneficios del Sistema; por lo expresado se negará la acción de tutela

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela presentada por la señora **NANCY ESPERANZA ALVAREZ ANGARITA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: 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
Juez

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario



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

RADICADO N°: 54-001-31-05-003-2023-00240-00
PROCESO: INCIDENTE DE DESACATO TUTELA
DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN SANCHEZ ROA
DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

INFORME SECRETARIAL

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Al Despacho de la señora Juez, el presente incidente de desacato iniciado dentro de la acción de tutela, la cual fue recibida en la fecha por correo electrónico y radicada bajo el No. **54001-31-05-003-2023-00240-00**. La titular del Despacho se encontraba en permiso otorgado por el Honorable Tribunal Superior, durante los días 09 y 10 de agosto de 2023. Sírvase disponer lo pertinente.

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario

PROVIDENCIA- AUTO ORDENA REQUERIMIENTO PREVIO

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

De conformidad con lo señalado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 129 del C.G.P., previo apertura del incidente de desacato, se hace necesario requerir a la Doctora **AURORA VERGARA FIGUEROA** en su condición de **MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL**, para que se sirvan informar en el término de uno (01) día que medidas tomó esa dirección para el cumplimiento del fallo de fecha 24 de julio de 2019, dictado dentro de la acción de tutela radicada bajo el No. **54001-31-05-003-2023-00240-00**, seguido por el **CARLOS ESTEBAN SANCHEZ ROA** contra **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**, enviando a este Despacho las diligencias para el cumplimiento de la referida providencia.

Requírase al Doctora **AURORA VERGARA FIGUEROA** en su condición de **MINISTRA DE EDUCACION NACIONAL** para que en el terminó de 48 horas proceda a dar cumplimiento al fallo de tutela.

Vincúlese a las presentes diligencias al señor Procurador Regional Dr. **OMAR JAVIER GARCIA QUIÑONEZ**, para que como Jefe del Ministerio Público tome las medidas conducentes en contra de las accionadas por tratarse de Entidades que prestan un servicio público, por el posible incumplimiento del fallo de tutela.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario



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

RADICADO N°: 54-001-41-05-001-2023-00253-00
PROCESO: ACCION DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
ACCINANTE: MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ
ACCIONADA: ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE, SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, INSPECCIÓN URBANA DE POLICÍA, FONDO DE ADAPTACIÓN ADSCRITO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Teniendo como fundamento 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. Fundamentos facticos de la acción:

Acude la señora **MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ**, a través de esta acción de tutela, en aras de propender de las accionadas **ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE, SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, INSPECCIÓN URBANA DE POLICÍA, y FONDO DE ADAPTACIÓN ADSCRITO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, en concreto ésta última entidad le adjudique vivienda en el nuevo casco del municipio de Gramalote por cuanto ostenta la calidad de propietaria de un bien inmueble que perdió a raíz de la ola invernal, razón por la cual recibió la calidad de damnificada por la pérdida total de su bien inmueble. Que por ser mujer de 83 años de edad, que ha vivido durante toda su vida en el antiguo casco de Gramalote hasta la fecha de su destrucción.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte accionante invoca como vulnerados los derechos fundamentales a la Vivienda Digna en conexidad con el Derecho a la Protección al Adulto Mayor, a la Igualdad y al principio de Solidaridad frente a víctimas de desastres naturales, por las accionadas **ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE, SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, INSPECCIÓN URBANA DE POLICÍA, y FONDO DE ADAPTACIÓN ADSCRITO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

1.3. Pretensiones:

En aras de garantizar los derechos fundamentales incoados como vulnerados por la accionante, solicita que se le ordene a **ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE, SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, INSPECCIÓN**

URBANA DE POLICÍA, y FONDO DE ADAPTACIÓN ADSCRITO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:

PRIMERO: *Tutelar el derecho fundamental a la vivienda en Condiciones dignas, en conexidad con el derecho a la protección del adulto mayor como sujeto de especial protección constitucional, el derecho a la igualdad, y el principio de solidaridad frente a víctimas de desastres naturales.*

SEGUNDO: *Ordenar a FONDO DE ADAPTACION se adjudique vivienda en el nuevo casco del municipio de Gramalote a mi nombre MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ identificada con cedula de ciudadanía N° 27.717.771, expedida en Gramalote, por el motivo que me fueron vulnerados los derechos ciertos reconocidos en el ordenamiento jurídico, como los derechos de las mujeres siendo este a tener una vida digna, y a tener una igualdad real y efectiva según lo contempla la ley 1257 de 2008, donde se ostenta la calidad de propietaria mediante escritura pública N° 89 d e1983, que a raíz de la ola invernal la misma recibió la calidad de damnificada por la pérdida total de su bien inmueble, téngase en cuenta que soy una persona de 83 años de edad, quien debe tener prioridad para propiciar un mejoramiento en condiciones generales de vida, que en la actualidad la misma se encuentra conviviendo en situación de “arrimada” con unos familiares en el nuevo Municipio de Gramalote, cancelando un canon de arriendo mensualmente. Así mismo manifiesto que he vivido durante toda mi vida en al antiguo casco de Gramalote hasta la fecha de su destrucción que con ahorros frutos de mi trabajo logre comprar mi vivienda como para perder este derecho por una mala información del FONDO DE ADAPTACIÓN.*

SEGUNDO: (sic) *En razón de lo anterior, con el fin de establecer las situaciones de hecho o de derecho que generaron dejar sin vivienda digna, a la accionante solicito muy respetuosamente oficiar al señor alcalde, para que el mismo certifique si la señorita MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ, es propietaria del bien inmueble ubicado en el antiguo casco del municipio de Gramalote con matricula inmobiliaria N° 260 – 0057756, como también se aclare si la misma cancelaba impuestos sobre este bien inmueble.*

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela se presentó el día 5 de julio de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este despacho, se dispuso su admisión, y por un error del personal del Juzgado solo se radicó y admitió la misma el 24 de julio, notificando a las accionadas **ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE, SECRETARÍA DE GESTIÓN DE RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, INSPECCIÓN URBANA DE POLICÍA, y FONDO DE ADAPTACIÓN ADSCRITO AL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

Cumpléndose la ritualidad de notificación a las accionada el día 25 de julio de 2023 a los correos electrónicos que se tienen de estas.

alcaldia@gramalote-nortedesantander.gov.co;
denor.gramalote@policia.gov.co;
notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co

1.5 Posición del extremo pasivo de la Litis:

La accionada **ALCALDÍA MUNICIPAL DE GRAMALOTE** responde la presente acción de tutela a través del señor Alcalde **DR. MARIO CRISTOPHER VARGAS RIVEROS**, contestando en su oportunidad a los hechos y pretensiones concluyendo que el directamente responsable de adjudicar los inmuebles a los damnificados por el desastre natural sucedido en el mes de

diciembre de 2010 es el **FONDO DE ADAPTACIÓN**, como quiera que es esa entidad la encargada de la construcción del nuevo casco urbano de ese municipio, y quien determina quienes son los beneficiarios finales de los inmuebles que se han entregado,, así como los que están pendientes por construir y entregar. Es por ello que solicita excluir de responsabilidad al municipio que representa.

Por su parte el **DR. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ ÁVILA**, en su condición de Delegado del **FONDO ADAPTACIÓN** para asumir la representación de la entidad en el trámite judicial de las acciones de tutela, procedió a dar contestación a la presente acción, manifestando en primer lugar que la accionante ya había hecho uso del mecanismo constitucional en anterior oportunidad sobre los mismos hechos, la que fue radicada bajo el No. 2018-00089-00 conocida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO, y CONFIRMADA por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER, la cual NEGÓ las pretensiones.

Las demás entidades accionadas guardaron silencio frente a la presente acción.

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 lo siguiente:

¿Se ha configurado el fenómeno jurídico de la Temeridad o de la Cosa Juzgada Constitucional, respecto del asunto sobre el que versa la acción de tutela, debido a que existe un fallo anterior al presente amparo aparentemente similar al que se estudia?.

Una vez resuelto el problema jurídico anterior, y en caso de ser procedente, se analizará de fondo el caso concreto.

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

Considera esta Unidad Judicial que en el caso sub examine, se debe decretar la improcedencia de la presente tutela por configurarse la cosa juzgada constitucional y la temeridad en la misma, como quiera que se ha acreditado que frente a los mismos hechos y pretensiones la accionante **MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ** había actuado a través de una acción de tutela donde se le negaron las pretensiones.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:

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 cua21l 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. Temeridad en la acción de tutela

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Una de las reglas que ha fijado la Alta corte, en virtud del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es que: ... “quien interponga la acción de tutela, deberá manifestar bajo gravedad de juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos”.(resaltado propio).

En caso de que dicha regla sea desconocida se aplicarán las consecuencias establecidas en el artículo 38 del mencionado Decreto “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes (...)”.

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar **la temeridad**, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló¹:

“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones² y (iv) la ausencia de justificación razonable³ en la presentación de la nueva demanda⁴ vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una **identidad en el objeto**, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”⁵; (ii) una **identidad de causa petendi**, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa⁶; y, (iii) una **identidad de partes**, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”⁷. (negrilla fuera del texto original)

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar⁸.

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó la Corte que la temeridad se configura cuando concurren los

¹ Ver sentencia T-069 de 2015.

² Sentencias T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-593 de 2002, T-263 de 2003, T-707 de 2003, T-184 de 2005, T-568 de 2006 y T-053 de 2012.

³ Sentencia T-248 de 2014

⁴ 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.

⁵ Sentencia T-1103 de 2005, sentencia T-1122 de 2006, entre otras.

⁶ Ibídem

⁷ Sentencia T-1103 de 2005, sentencia T-1022 de 2006, sentencia T-1233 de 2008

⁸ Contendidas en el inciso tercero del artículo 25 del precitado Decreto 2591 de 1991, en el inciso segundo del artículo 38 del mismo cuerpo normativo o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012.

siguientes elementos: (i) **identidad de partes**; (ii) **identidad de hechos**; (iii) **identidad de pretensiones**; y (iv) **la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista**⁹. (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, la Corte ha aclarado que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, per se, que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o en 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 derecho¹⁰. En términos de la Corte:

“En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia”¹¹. (Negrilla del Juzgado)

2.3.1.3 Cosa juzgada constitucional

En cuanto a esta figura jurídica, la Corte Constitucional ha expresado su posición jurisprudencial señalado lo siguiente:

*“Se trata de una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus providencias definitivas, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica”*¹².

*En tratándose del recurso de amparo la existencia de la cosa juzgada constitucional se estatuye como un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, impidiéndose acudir de forma repetida e indefinida a los jueces de tutela, cuando el asunto ya ha sido resuelto en esta jurisdicción, respetando así el carácter eminentemente subsidiario del mecanismo constitucional”*¹³

En tal sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe (i) identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada; (ii) de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento; y, (ii) 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.

*...“Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada 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”*¹⁴...

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración

⁹ Ver entre otras, sentencias: T-568 de 2006, T-951 de 2005 y T-410 de 2005.

¹⁰ Ver sentencia T-185 de 2013.

¹¹ Sentencia T-548 de 2017.

¹² Sentencia C-774 de 2001.

¹³ Sentencia T-185 de 2017.

¹⁴ Ver sentencia T-649 de 2011, T-280 de 2017 y T-217 de 2018.

del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia) que hace la decisión inmutable e inmodificable,¹⁵ salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela¹⁶. Por el contrario cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión.¹⁷

En caso de comprobarse que se está ante la presencia de la cosa juzgada constitucional, es deber del juez de tutela declarar la improcedencia de la acción¹⁸.

En relación con esta figura, la decisión de la Corte Constitucional de no seleccionar una tutela para su revisión comprende que la decisión adoptada por los jueces de instancia quede ejecutoriada formal y materialmente, operando así el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Con base en lo dicho y a manera de conclusión este fenómeno jurídico tiene como fin evitar que los funcionarios judiciales conozcan, tramiten o decidan un asunto ya resuelto, mediante un fallo de tutela que ha cobrado ejecutoria, bien sea en sede de revisión por parte de esta Corporación, o en sede de instancia cuando la misma decide no seleccionarlo¹⁹.

2.4. Análisis del caso en concreto:

Dentro del contenido de la presente acción de tutela, se puede establecer y de acuerdo a la respuesta emanada de la accionada que la accionante ya había entablado una acción de tutela con anterioridad a la que nos ocupa. Razón por la cual se hace necesario estudiar los requisitos jurisprudenciales para determinar si se aplica las figuras jurídicas de cosa juzgada constitucional o la Temeridad.

Ahora bien, se ha podido constatar, como se dijo anteriormente que aparte de la acción de tutela que en esta oportunidad es objeto de estudio, existe una tutela más, promovida por la señora **MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ** encaminadas a proteger sus derechos fundamentales Vivienda Digna en conexidad con el Derecho a la Protección al Adulto Mayor, a la Igualdad y al principio de Solidaridad frente a víctimas de desastres naturales.

Pues bien, acorde lo manifestado por la accionante en su escrito tutelar, corresponde inicialmente a esta instancia realizar el análisis de la existencia de cosa juzgada constitucional o posible temeridad, respecto de los procesos de tutela tramitados ante el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA y el que nos ocupa.

Dicha acción fue adelantada ante el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, bajo el radicado No. 54-001-33-33-001-2018-00089-00, promovido por la acá accionante en contra de las accionadas **Fondo de Adaptación, Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Municipio de Gramalote**, la cual fue adelantada el 15 de marzo de 2018, profiriendo el fallo el 5 de abril de 2018, que en su parte resolutive dispuso:

¹⁵ Sentencia T-813 de 2010.

¹⁶ Sentencia T-053 de 2012.

¹⁷ Sentencia T-185 de 2013.

¹⁸ Ver Sentencia T- 019 de 2016.

¹⁹ Ver sentencia T-298 de 2018.

PRIMERO: NIÉGUESE la solicitud de tutela instaurada por la señora **MARÍA TRINIDAD GUTIÉRREZ YAÑEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. **27.717.771**, en contra del **FONDO DE ADAPTACIÓN**, de la **UNIDAD PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES** y del **MUNICIPIO DE GRAMALOTE**, por lo dicho en los considerandos.

SEGUNDO: De conformidad con lo normado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFÍQUESE**, por el medio más expedito, esta sentencia a las partes, al señor Defensor del Pueblo, a la señora Procuradora 98 Judicial I Administrativo que actúa como Agente del Ministerio Público ante este Despacho y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para los fines del artículo 610 del C.G.P.

TERCERO: En caso de no ser impugnada esta sentencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVÍESE** para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional.

Esta decisión fue debidamente impugnada por la accionante, con lo cual el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**, mediante fallo del 15 de mayo de 2018, **CONFIRMÓ** la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

Acorde a lo anterior, es evidente que se respecto de la presente acción de amparo, existe identidad de partes, así como también los hechos y pretensiones que fundan la misma se relacionan con la intensión que le permitan continuar con el proceso como damnificada reconocida por el FONDO ADAPTACIÓN y beneficiaria de la nueva solución de vivienda. Así mismo que le permitan firmar la aceptación de la oferta de permuta No. 644 en el entendido que acepta todas y cada una de las condiciones que le impongan por parte del FONDO ADAPTACIÓN incluyendo los dos predios, uno de su propiedad y el otro familiar, a cambio de recibir el beneficio de una nueva casa.

Ante esta Unidad Judicial y respecto de los hechos la accionante relata que:

1. Soy una persona de 83 años de edad pues nací el día 07 de Abril de 1940 en el municipio de Gramalote, quien actualmente reside en el nuevo Municipio aquí mencionado, manifiesto que sufro de pérdida de memoria, hipertensión, diabetes, artrosis, operada de la cadera por fractura, en cuanto a mi núcleo familiar soy soltera; y convivo con una hermana y su núcleo familiar, en calidad de arrendados.

2.- Así mismo, afirmo que el día 24 de Septiembre de 1983, mediante escritura pública realice compra de un lote a la señora LUCIA HERNANDEZ DE ORDUZ, predio identificado con matrícula inmobiliaria N° 260 – 0057756, ubicado en la calle 8ª con carrera 8ª con el N° 634 y 6 -38 de la nomenclatura del Antiguo casco del Municipio de Gramalote. Lote que con esfuerzos con la ayuda de mis ahorros poco a poco fui construyendo mi vivienda. El cual ha sido habitada por más de 20 años, De igual manera asevero que he cancelado servicios públicos domiciliarios, impuestos sobre el bien inmueble, generando con ello una confianza legítima confianza al existir una aquiescencia del Estado sobre dicha construcción.

3.- Producto de ola invernal ocurrida en el 17 de Diciembre del año 2010, me vi afectada perdiendo en su totalidad mi vivienda, debido a este suceso el municipio de Gramalote y Presidente de la Republica obstan por crear el plan de REASENTAMIENTO DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, cuya finalidad era reubicar a las familias afectadas por este suceso, y beneficiarlas con la adquisición de una solución habitacional.

4.- Con la finalidad de verificar que familias han sido afectadas por el evento climático, el FONDO DE ADAPTACIÓN y el Municipio de Gramalote, realizaron un censo, donde figura efectivamente censada como así lo demuestra el Registro Único de Damnificados Por la Emergencia Invernal

REUNIDOS 2010- 2011, registro previamente firmado por la suscrita en el formulario N° 0150727, (EVIDENCIA QUE PREVIAMENTE SE ADJUNTARA A ESTE OFICIO).

5.- Es menester aclarar que a la fecha la suscrita no recibió el inmueble por parte del FONDO DE ADAPTACION NI DEL MUNICIPIO DE GRAMALOTE, vulnerando con ello un derecho real adquirido, según lo manifestados por los mismos yo no vivía en EL ANTIGUO CASCO DE GRAMOLOTE PARA LA OCURRENCIA DE LA OLA INVERNAL, versión que no es cierta toda vez, que he vivido toda mi vida en este Municipio, para la fecha de la catástrofe yo me encontraba allí; como se demuestra en las cartas de extra juicios narradas por testigos, cartas que previamente serán anexadas.

6.- Teniendo en cuenta la situación anteriormente narrada, **para el 27 de Abril de 2023, mediante abogada con poder previamente firmado, se presenta derecho de petición ante FONDO DE ADAPTACIÓN, con la única pretensión que se adjudicara vivienda en el nuevo MUNICIPIO DE GRAMALOTE a mi favor**, teniendo en cuenta que se ostenta la calidad de propietaria mediante escritura pública N° 89 d e1983, que a raíz de la ola invernal la misma recibo la calidad de damnificada por la pérdida total del bien inmueble.

7.- Una vez la entidad recibió el derecho de petición bajo el radicado N° 2023- 002465, procede a dar respuesta el 27 de abril de 2023, manifestando lo siguiente

“NO acceder a mi petición según ellos ese derecho ya no lo tengo adquirido, lo he perdido por la supuesta negación que yo realice ante la oficina, así mismo ellos hacen alusión a la vivienda paterna vivienda que se encontraba en sucesión cuando sucedió el siniestro, Es menester aclarar que la vivienda por la que se está adjudicando es aquella que es de mi propiedad la que fue adquirida con el pago de mis cesantías y pensión por concepto de trabajo durante 25 años al servicio de TELECOM, así mismo se reconoció mi calidad de poseedora por parte el FONDO DE ADAPTACION, como en varias ocasiones por medio de derechos de petición se le manifestaba al FONDO que yo aceptaba oferta de PERMUTA de la vivienda de mi propiedad, se aclaraba que se rechazaba la paterna por manifestación voluntaria de mis hermanos, hecho que no fue muy claro para el fondo puesto que siempre denegaban mi petición, en algunas respuestas me explicaban que si me entregaban era la paterna pero perdía los derechos sobre la mía, por esta razón manifesté que no era justo puesto que en la paterna no tengo derecho si no el mío, los otros derechos siguen siendo de mis hermanos.

8.-Por este mal entendido el FONDO DE ADAPTACION me ha negado el derecho a tener una vivienda digna, me ha quitado un derecho real que fue adquirido por escritura pública, como se mencionó la suscrita cancelaba servicios domiciliarios e impuestos todos se encontraban al día al momento de la catástrofe, por eso señor Juez hago énfasis; en que el predio que se está reclamando es el de MI PROPIEDAD aquel constituido con mediante escritura pública con matrícula inmobiliaria N° **260-0057756**, del Municipio de Gramalote, **NO SE ESTA RECLAMANDO EL OTRO PREDIO QUE SE ENCUENTRA EN SUCESION CON MIS HERMANOS**. Con todo respeto señor Juez téngase en cuenta que siento vulnerado este derecho a una vivienda digna pues actualmente convivo en casa de mi hermana y su núcleo familiar, soy persona de 83 años de edad, persona con historia clínica de enfermedades, quien vive en casa ajena, el cual se siente desamparada por la decisión arbitraria tomada por el FONDO DE ADAPTACIÓN, **toda vez que lo manifestado por los mismos no es cierto, siempre manifesté que yo quería mi vivienda y estaba dispuesta hacer la respectiva PERMUTA, pero como ya es menester saber EL FONDO DE ADAPTACION siempre negaba mis pretensiones, siempre reluciendo la otra vivienda paterna con respecto a esto aclaro que mis hermanos me nombraron como representante de ellos para poder reclamar la vivienda paterna dejada en legado de nuestros padres, situación que fue muy confusa por el FONDO DE ADAPTACION pues como ya se relacionó si me entregaban la vivienda paterna; perdía los derechos adquiridos sobre el bien inmueble de mi propiedad el cual es un método ilógico pues una casa no se relaciona con la otra**. Son dos predios totalmente diferentes con matrícula inmobiliaria cada uno mi predio constituido con matrícula inmobiliaria N° **260 – 0057756**, Y EL OTRO PREDIO SE ENCUENTRA CONSTITUIDO CON LA SIGUIENTE MATRICULA INMOBILIARIA N° **260 – 128673**. Así mismo el FONDO DE ADAPTACION ME HA MANIFESTADO QUE NO TENGO DERECHO A LA VIVIENDA PORQUE YO NO VIVIA EN EL MUNICIPIO PARA LA OCURRENCIA DE LA CATASTROFE, hecho que es desmentido porque como ya se mencionó he vivido toda mi vida en el casco urbano de Gramalote situación que será

demostrada con testigos a través de cartas Extra juicios, cartas que se anexadas como prueba a este proceso... (Negrillas del Despacho)

Enfrente los hechos verificados de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, con los expuestos anteriormente, se tiene que los hechos tiene una misma finalidad e identidad, los cuales fueron analizados y concertados dentro del fallo proferido por la autoridad judicial citada, y donde determinó que fue la accionante en una decisión voluntaria, consciente y sin ninguna coerción, de no aceptar la propuesta de permutar el inmueble ubicado en la zona de alto riesgo del antiguo casco urbano del municipio de Gramalote, por una nueva solución habitacional.

vi) Que con oficio No. 644 del 6 de abril de 2016 el Gerente del Fondo de Adaptación y el Alcalde de Gramalote ofrecen a la señora María Trinidad Gutiérrez Yáñez, la permuta por el derecho de dominio y la posesión de los bienes inmuebles ubicados en la zona de alto riesgo del antiguo casco urbano del municipio de Gramalote, por

una nueva solución habitacional en el perímetro urbano del municipio. En este sentido, se le pone en conocimiento las condiciones de la permuta, indicando los bienes objeto de permuta. El término de aceptación de la permuta, **fue fijado en 5 días hábiles siguientes a la entrega del documento por parte del Fondo de Adaptación, aclarándole que en caso de aceptación se procedería de inmediato a acordar el contenido de la promesa de permuta y posterior suscripción de la misma, o por el contrario, en caso de que no la acepte, o no se pronuncie dentro de los 5 días hábiles, se entenderá rechazada la oferta, sino también rechazada la medida de apoyo que el fondo ofrece y terminada la etapa de negociación directa.** Esta comunicación fue notificada a la señora María Trinidad Martínez el día 29 de abril de 2016, por la doctora Adriana Patricia Pertegas en su condición de Asesor Social, en la cual se escribió una observación al pie de su firma de la tutelante que dice **“NOTA: NO ESTOY DE ACUERDO DE DOS (2) CASAS X 1”**, (ver folio 22).

Podemos concluir que esta plenamente demostrada la identidad de las partes, hechos y pretensiones dentro de la presente acción enfrentada con la anteriormente instaurada, sin embargo acorde con la jurisprudencia tratada a fin de establecer si la accionante actuó bajo los parámetros de la cosa juzgada constitucional o la temeridad se hace necesario demostrar la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda.

Situación que es propicia para este Despacho en señalar que es deber para el fallador no solo determinar cada uno de estos requisitos, por cuanto la Corte Constitucional 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”²⁰...***

Al respecto la Alta Corte se ha referido frente al asunto:

...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 derecho²¹; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de

²⁰ Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²¹ Sentencia T-721 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis

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 demandante²².

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”²³, 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”²⁴.

Pero a su vez, la Corte analiza las circunstancias en que se pueda presentar estas dos figuras jurídicas de la temeridad y la cosa juzgada.

... 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”²⁵. 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.”²⁶...

Ante la jurisprudencia citada podemos concluir, que la accionante en el escrito de tutela que nos asiste y dentro del ítem **MANIFESTACION BAJO JURAMENTO**, consignó:

... Declaro Bajo la gravedad del juramento, que NO he interpuesto ante ninguna otra autoridad judicial, otra acción de tutela por los mismos hechos, derechos y pretensiones...

Esta manifestación daría entender que la accionante esta actuando de manera dolosa frente al conocimiento que debería tener de la existencia de la decisión proferida por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, autoridad esta que en atención a la actuación instaurada por la ella, inició el trámite correspondiente, y que culminó con la decisión de NEGAR el amparo de los derechos señalados como vulnerados. Sin embargo, la señora **MARIA TRINIDAD GUTIERREZ YAÑEZ**, guardó silencio frente a dicha decisión negativa.

De acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia tratada, no basta con señalar la dualidad de la acción de tutela, sino establecer si para la aplicación de la temeridad, se debe contar con el análisis del comportamiento del accionante para asumir la actitud. Analizada la situación de la acá accionante, encontramos que se trata de una persona de la tercera edad, nacida el 7 de abril de 1.940, con 83 años de edad, y que su comportamiento no se puede enmarcar como doloso, pues es de entender que desde la fecha del fallo proferido dentro de la acción de tutela adelantada en el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA y confirmado por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL NORTE DE SANTANDER, esto es, el 15 de mayo de 2018, ya han transcurrido mas de cinco (05) años, y su intención de propender por la defensa de sus derechos considerados por ella como vulnerados, le han generado la intención de buscar la solución de su necesidad a través de accionar nuevamente este mecanismo constitucional. Luego entonces considera esta Unidad Judicial que la actora procedió bajo el criterio errado de poder actuar nuevamente a través de este medio, por lo que se descartará la aplicación de esta figura jurídica para declarar la improcedencia de la presente acción.

Pero contrario a ello, podemos concluir, que indefectiblemente se puede establecer con claridad, que la cosa juzgada emerge dentro de la presente, toda vez que existen decisiones proferidas

²² Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

²³ Sentencia T-560 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 37.

²⁵ Sentencias C-622 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chajub

²⁶ J. Ramón Ortega R. “De las excepciones previas y de mérito” Ed. Temis. Pág. 91, 1985.

por jueces constitucionales los cuales de manera clara y precisa, resuelven la creencia de la no vulneración de derechos fundamentales incoados como trasgredidos por las entidades accionadas, las cuales son idénticas a las que aquí asoma la accionante.

Bajo este panorama, no puede haber otra decisión diferente que declarar la improcedencia de la presente acción de tutela por existir la cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta las decisiones de primera y segunda instancia proferidas dentro de la Acción de tutela Radicada No. 54-001-33-33-001-2018-00089-00 por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER de fecha 5 de abril y 15 de mayo de 2018 respectivamente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: 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 electrónica establecida para el trámite de eventual revisión.

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
Juez

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario



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

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO N°: 54-001-41-05-001-2023-00258-00
PROCESO: ACCION DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: GLADYS RINCON RUBIO en representación de su menor hijo
C.A.A.R.
DEMANDADO: NUEVA EPS
ASUNTO: SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamentos facticos de la acción:

La accionante **GLADYS RINCÓN RUBIO**, quien actúa en representación de su menor hijo **C.A.A.R.**, quien ha sido diagnosticado con las patologías: *espina bífida, hipoestesia de miembros inferiores progresiva, atrofia de gemelos, escoliosis y tórax con pectum excavatum*, a través de esta acude a a efectos de que la accionada **NUEVA E.P.S.**, empresa prestadora del servicio de salud, disponga autorizar el pago de transporte y viáticos para su consanguíneo y ella como acompañante, a la ciudad de Bucaramanga o donde sea remitido éste a efectos de adelantar el tratamiento dispuesto y cumplir las citas con los especialistas. Carga que dice no poder asumir por cuanto son una familia de escasos recursos que dependen económicamente de su esposo, el cual gana un salario mínimo.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte accionante invoca como vulnerado el derecho fundamental a la Salud y a la Vida en condiciones dignas por cuanto su representado es sujeto de protección especial por ser un adolescente menor de edad, y señala como la entidad quien ha conculcado estos derechos a la **NUEVA EPS**

1.3. Pretensiones:

En aras de garantizar los derechos fundamentales incoados como vulnerado, la accionante, solicita que se le ordene a la **NUEVA EPS**:

1.- Proceda a **Autorizar** disponer en el término perentorio de un (01) día, el pago de transporte y viáticos a que tenga lugar, para su menor hijo y para ella como su acompañante a la ciudad de Bucaramanga o donde sea necesario, para que le realicen los exámenes y demás tratamientos dispuestos conforme al diagnóstico médico que dispuso la misma accionada

2.- Así mismo, en el mismo término, que la accionada **Autorice**, todos y cada uno de los exámenes y citas con especialistas, junto con los pagos de viáticos que correspondan para dichas citas.

1.4. Actuación procesal del Despacho:

La acción de tutela fue presentada por la accionante el día 25 de julio 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 aludida fecha, notificando a la accionada **NUEVA E.P.S.**

Cumplíendose la ritualidad de notificación a la accionada el día 27 de julio de 2023 a los correos electrónicos que se tienen de la accionada.

Johanna.guerrero@nuevaeps.com.co – notificacionestutelas@nuevaeps.com.co

Igualmente, dentro del auto referido esta Unidad Judicial dispuso requerir a la accionante con el fin de que informara que autoridad judicial con anterioridad a esta acción de tutela le había reconocido derechos a su menor hijo. Situación que efectivamente cumplió informando que:

Yo GLADYS RINCON RUBIO, identificada con cedula de ciudadanía No 60.367.716, actuando en representación de mi menor hijo CARLOS ANDRES ARAQUE RUBIO acudo ante su despacho con el objeto de dar respuesta a la solicitud hecha por su despacho donde su despacho requiere: le informe a esa unidad judicial lo siguiente juzgados y radicados por los cuales le han amparado los derechos a mi hijo; al respecto me permito informar que la tutela que se presentó le correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta- Norte de Santander bajo el radicado numero: 540013153 007 2023 00114 00, el cual ordeno a la Nueva EPS que se cumplieran todas las citas con especialistas y exámenes, orden que no se cumplió y fue llevado a incidente de desacato el cual se encuentra aún abierto, y en trámite ya que el examen de resonancia magnética y la cita de neurocirugía pediátrica no han sido programadas.

Así mismo allega la sentencia de Tutela aludida proferida por el JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, de fecha 21 de abril de 2023, que en su parte resolutive consignó:

3. RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho a la salud solicitado en favor del menor Carlos Andrés Araque Rincón, identificado con tarjeta de identidad No. 1.090.418.609, contra la Nueva EPS, por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, si aún no lo ha hecho, proceda a autorizar, programar y garantizar la practica real y efectiva de la resonancia magnética del sistema musculo esquelética, el examen de urodinamia estándar y las consultas con urología pediátrica con resultados y neurocirugía pediátrica.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término improrrogable de dos (2) días, realice una valoración médica al menor Carlos Andrés Araque Rincón, en la que determine la cantidad de pañales que el mismo requiere al mes para atender sus patologías relacionadas con la vejiga y la falta de control de esfínteres, así como la necesidad y cantidad de pañitos húmedos y crema anti escaras, debiendo luego de la referida consulta, suministrar oportunamente los servicios allí prescritos.

CUARTO: ORDENAR a la NUEVA EPS que, en adelante garantice al menor todos los exámenes, consultas, medicamentos, servicios, procedimientos e insumos que sean dispuestos por los galenos tratantes de la EPS, como necesarios para el manejo de los diagnósticos de sospecha de vejiga neugénica - neuropática, pactum excavatum, espina bífida, anomalías de la marcha y de la movilidad. En términos de eficiencia, calidad y prontitud y sin reparos administrativos que obstruyan la recuperación del paciente, incluyendo la mención expresa de los servicios ordenados en el PBS. Por lo expuesto en la parte motiva

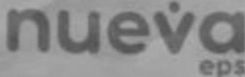
QUINTO: NEGAR las demás pretensiones por las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: ORDENAR al representante legal de la entidad accionada que una vez cumplidas las órdenes proferidas en los numerales anteriores, proceda a remitir a este Juzgado la prueba idónea que así lo acredite, so pena de incurrir en desacato a sentencia de tutela, tal como lo contempla el régimen de sanciones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

1.5 Posición del extremo pasivo de la Litis:

La accionada **NUEVA E.P.S.** da respuesta en su oportunidad señalando que la afiliación de la accionante se encuentra en estado ACTIVO en el Régimen Subsidiado, asegurando que a aquella se le brindan los servicios en salud conforme a las ... **RADICACIONES DENTRO DE NUESTRA RED DE SERVICIOS CONTRATADAS Y DE ACUERDO CON LAS COMPETENCIAS Y GARANTIAS DEL SERVICIO RELATIVAS A LA EPS...**

Señala que para que le sea reconocido un derecho como fundamental, este debe cumplir con ciertos requisitos reseñados en el artículo 86 de la Constitución, que no son otros que se

		AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS	 nueva eps
Fecha de emisión: 12/05/2023 07:15:36 Modificación en: 12/05/2023 07:17:48 Impresión en: 12/05/2023 07:17:48		No. Solicitud: NO REPORTADO No. Autorización: POS - 125551 P006 - 205691255 Código EPS: EPS037	gente cuidando gente
Afiliado: TL1090415609 Edad: 15 años		ARAQUE RINCON CARLOS ANDRES	
Dirección afiliado: AV 4 NO 26 70 LOS RATOS Teléfono afiliado: (7) - 320029757	Fecha Nacimiento: 05/05/2008 Departamento: NORTE DE SANTANDER Teléfono celular afiliado: 320029757	Tipo afiliado: BENEFICIARIO (A) Municipio: LOS PATIOS- ABE Correo electrónico: araquerinconc@totalmail.com	
I.P.S. Primaria: U.T. VIMONCO CEMILAB - SEDE 1 CALLE 13 CO			
Solicitado por: U.T. VIMONCO CEMILAB -SEDE 1 CALLE 13 CONTRIBUTIVO			
Nit: 301355614-1 Dirección: AVENIDA 3E Nº 13-15 CAOBOS Teléfono: (7) - 5655640	Código: 545010184921 Departamento: NORTE DE SANTANDER 54 Municipio: CUCLUTA 001		
Ordenado por: CAPARROSO PEREZ LUIS CARLOS			
Remitido a: FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA			
Nit: 890212558-0 Dirección: KILOMETRO 7 VIA PIEDECUESTA FLORIDIANAH Teléfono: (7) - 6794240	Código: 485470028910 Departamento: SANTANDER 88 Municipio: PIEDECUESTA 547		
Ubicación del paciente: CONSULTA EXTERNA Origen: ENFERMEDAD GENERAL Dx: 0900 NEUROPATIA AUTONOMA PERIFERICA IDIOPATICA			

CÓDIGO	CANT.	DESCRIPCION
8300274	1	CONSULTA ESPECIALIZADA POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA

AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS

nueva eps
gente cuidando gente

Solicitada el: 04/07/2023 15:44:48
Autorizada el: 04/07/2023 15:47:15
Impresa el: 04/07/2023 15:47:15

No. Solicitud: NO REPORTADO
No. Autorización: (POS - 12555) P088 - 210046387
Código EPS: EPS037

Afiliado: TI.1090418609 **ARAQUE RINCON CARLOS ANDRES**
Edad: 15
Fecha Nacimiento: 05/05/2008
Tipo afiliado: BENEFICIARIO (A)
Dirección Afiliado: AV 4 NO 26 70 LOS PATIOS
Departamento: NORTE DE SANTANDER
Municipio: LOS PATIOS 405
Teléfono afiliado: (7) - 3209290757
Teléfono celular afiliado: 3209290757
Correo electrónico: araquearcon@fornet.com
I.P.S. Primaria: U.T. VINDONCO CEIMLAB - SEDE 1 CALLE 13 CO

Solicitado por: CENTRO INTEGRAL DE ATENCION DIAGNOSTICA ESPECIALIZADA CIÁDE
NIT: 901002989 - 1
Código: 540010212501
Dirección: AV 1 E 4-09 LC 4
Departamento: NORTE DE SANTANDER 54
Municipio: CUCUTA 001
Teléfono: (7) -

Ordenado por: MARIN NIÑO EMILIO JOSÉ
Remitido a: POSCAL-FUNDACION OPTALMOLOGICA DE SANTANDER CLINICA CARLOS ARDILA LULLE (OPL)
NIT: 860205361 - 4
Código: 682760166001
Dirección: CRA 26 # 154 - 108 URBANIZACIÓN EL BOSQUE
Departamento: SANTANDER 68
Municipio: FLORIDABLANCA 278
Teléfono: (7) - 6384160 - 6386006 - 6382828

Ubicación del paciente: CONSULTA EXTERNA
Origen: ENFERMEDAD GENERAL

Dx: N310 VEJIGA NEUROPATICA NO INHIBIDA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE

CÓDIGO	CANT	DESCRIPCION
852001	1	URCONAMIA ESTANDAR +

Dentro de los anexos a la solicitud de tutela se observan autorización de servicios frente a los servicios prescritos a la afiliada, direccionados para su atención a través de IPS adscrita: Por otra parte, refiere que esa entidad no es la encargada de la asignación y realización de consultas, controles, cirugías, procedimientos, terapias, exámenes, prestación de servicios domiciliarios, pues estas son del resorte de la IPS encargada de la prestación del servicio, como quiera que las asignaciones dependen única y exclusivamente de la disponibilidad respecto a la agenda médica del galeno tratante, conforme la atención dispuesta por los especialistas. Acota que frente al presunto incumplimiento asomado por la accionante que vulnera su derecho, como quiera que han extendido las autorizaciones pretendidas, mas el hecho que se encuentran verificando los hechos expuestos, a fin de ofrecer una solución real y efectiva para la protección de los derechos fundamentales invocados.

No acepta la pretensión de que le sean autorizados el reconocimiento y pago de viáticos con relación al transporte para la accionante y su menor hijo, por cuanto existe una prohibición legal y si en caso de que así lo disponga el despacho.

Señala con relación a la solicitud de reconocimiento de viáticos para transporte, urbano, manifestar que esta petición resulta a todas luces improcedente, teniendo en cuenta que ... *el gasto solicitado por el accionante es inherente al traslado normal y cotidiano que deben cubrir las personas para asistir a citas y demás servicios médicos; no puede pretenderse se reconozcan gastos de transporte dentro de un mismo municipio...* y ello iría en contra con el principio de igualdad frente a los demás usuarios del sistema de salud, porque no existe ningún impedimento para que dentro del mismo casco urbano no se pueda acudir a los diferentes servicios que son autorizados, como lo deben realizar todos los afiliados.

Considera que no existe justificación alguna suficiente para que se pueda determinar que existe incapacidad económica del usuario y su núcleo familiar para asumir este tipo de gastos que no se constituyen en servicios de salud.

Asegura que el Juez constitucional debe realizar el análisis del asunto a fin de establecer que exista desconocimiento o vulneración a derechos fundamentales por la parte accionada, pues considera que no se configura en la presente acción:
en atención a que el traslado solicitado será dentro del mismo municipio donde recibirá los servicios de salud, gasto que también seria asumido por el afiliado si el servicio se hubiese ordenado dentro de su mismo municipio de zonificación,

Trae como soporte jurisprudencial la sentencia de tutela del 17 de febrero de 2023, bajo radicado 680014003005-2023-00076-00:

“(...) empero de la afirmación de carecer de los medios económicos para asistir a citas de control en la misma localidad, no se puede obviar que, no se dan los presupuestos para el amparo deprecado, toda vez que el SGSSS no está diseñado para la manutención de los gastos propios de

un paciente y su núcleo familiar, siendo el transporte a citas de valoración un rubro incluido en la necesidad básica del núcleo familiar. (...)

Frente al transporte del acompañante dice la **Nueva EPS**, que no se puede acceder a que se autorice el transporte para un acompañante cuando no acredita los presupuestos que la Corte Constitucional estableció para su reconocimiento y los ha reiterado en su jurisprudencia, los cuales son:

- “(i) El paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento;
i (ii) Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y,
ii (iii) Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”

Por tal motivo y en aplicación al principio de solidaridad social, corresponde al paciente o a su familia, asumir los costos de transporte, alojamiento y manutención, excepcionalmente cuando el afiliado o su grupo familiar no cuenten con la capacidad económica para asumir dichos gastos, la obligación será trasladada a la EPS.

Ahora bien, en lo atinente a la alimentación y alojamiento trae a colación la sentencia de tutela de segunda instancia del 7 de septiembre de 2021 proferida por el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER, donde revoco la orden que le impusieran a la NUEVA EPS de cubrir gastos de alojamiento y alimentación para permanecer en un municipio diferente al de su residencia, debiendo cubrir la familia del menor dichos rubros para su subsistencia y asistencia a las citas programadas.

Finaliza solicitando la improcedencia de la acción de tutela por no existir orden médica que disponga el reconocimiento de viáticos para el transporte urbano e intermunicipal y mucho menos para el cubrimiento de la alimentación y alojamiento del acompañante. Como subsidiaria pide que, en caso de existir un pronunciamiento por parte de esta Unidad Judicial de disponer el reconocimiento de los viáticos aludidos solicitados por la accionante, se le autorice para reclamar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) los gastos en que incurra esa accionada en el cumplimiento del fallo que se profiera.

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 lo siguiente:

- (i) *¿sí se configura la cosa juzgada constitucional con motivo a la acción de tutela radicado No. 540013153 007 2023 00114 00 cuyo fallo fue proferido por el JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el cual le tuteló los derechos fundamentales a la Salud y la Vida Digna al menor C.A.A.R.*
- (ii) *Sí del análisis anterior no prospera, se analizará se resulta procedente ordenar a la entidad accionada la autorización y suministro de traslados intermunicipales de la accionante y su menor hijo el cual representa para asistir a los servicios médicos que dispongan los médicos tratantes frente al diagnóstico de la enfermedad del menor*

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** incurre en una vulneración de los derechos fundamentales a la salud como quiera que la accionante no ha recibido las fecha para la realización de los exámenes diagnosticados por su médico tratante.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales:

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 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

¹ Sentencia T-999/08.

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

³ Sentencia T-999/08.

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 Cosa juzgada constitucional

En cuanto a esta figura jurídica, la Corte Constitucional ha expresado su posición jurisprudencial señalado lo siguiente:

“Se trata de una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus providencias definitivas, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica”⁵.

En tratándose del recurso de amparo la existencia de la cosa juzgada constitucional se estatuye como un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, impidiéndose acudir de forma repetida e indefinida a los jueces de tutela, cuando el asunto ya ha sido resuelto en esta jurisdicción, respetando así el carácter eminentemente subsidiario del mecanismo constitucional”⁶

En tal sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe **(i) identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada; (ii) de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento; y, (iii) 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.**

Así mismo se ha referido la Alta Corte que:

...“Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada 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”⁷...

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia) que hace la decisión inmutable e inmodificable,⁸ salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela⁹. Por el contrario cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión.”¹⁰

(Resaltado fuera de texto)

2.3.1.4. Del cubrimiento de gastos de transporte, alojamiento y alimentación (viáticos):

⁴ Sentencia T-816/08.

⁵ Sentencia C-774 de 2001.

⁶ Sentencia T-185 de 2017.

⁷ Ver sentencia T-649 de 2011, T-280 de 2017 y T-217 de 2018.

⁸ Sentencia T-813 de 2010.

⁹ Sentencia T-053 de 2012.

¹⁰ Sentencia T-185 de 2013.

Según el artículo 6°, literal c, de la Ley 1751 de 2015, “los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información”. En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos¹¹, lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas. (Subrayado fuera de texto)

Es necesario diferencia **entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)**¹². En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018 “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

Bajo ese tópico, la citada Resolución consagró el Título V sobre **“transporte o traslado de pacientes”**, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS”¹³.

En lo que corresponde a la Alimentación y alojamiento, la Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de **alojamiento**, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige **“más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento”**¹⁴.

2.4. Análisis del caso en concreto:

La señora **GLADYS RINCON RUBIO** en representación de su menor hijo **C.A.A.R.** acude a la acción de tutela, para el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas. Este Despacho en el estudio para la admisión de la misma, pudo establecer que la actora ya había elevado una acción en favor de su menor hijo **C.A.A.R.**, razón por la que se le requirió a efectos de establecer que autoridad judicial y cuál era la decisión proferida por esta frente a sus pretensiones de protección de los derechos vulnerados.

La accionante cumplió con el requerimiento no solo informando lo solicitado por esta Unidad Judicial, sino que también adjuntó la sentencia de tutela, verificándose que conoció en de la tutela inicialmente formulada el **JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, bajo el radicado No. 540013153 007 2023 00114 00.

De lo anterior, es procedente entonces entrar analizar la jurisprudencia de que trata sobre la cosa juzgada, a fin de establecer si es aplicable para el presente caso. Para ello enfrentaremos las dos acciones con relación a los tres requisitos que hace alusión la jurisprudencia

¹¹ Sentencia T-074 de 2017 y T-405 de 2017.

¹² Sentencia T-491 de 2018.

¹³ Sentencia T-491 de 2018.

¹⁴ Sentencias T-487 de 2014, T-405 de 2017 y T-309 de 2018.

REQUISITOS	Sentencia Tutela Rad. No. 2023-00114	Tutela Rad. No. 2023-00258
(i) identidad de objeto	Se ordene a la Nueva EPS, garantizar la práctica de la consulta con especialista en neurocirugía pediátrica, el examen de urodinamia estándar y la resonancia magnética del sistema musculo esquelético que fue redireccionada al IDIME. Igualmente se ordene a la Nueva EPS brindar la totalidad del tratamiento médico que sea dispuesto para las patologías del menor, incluyendo citas, exámenes, terapias, medicamentos, pañales, pañitos, cremas anti escaras, suplementos nutricionales en caso de ser ordenados por el médico tratante y demás servicios sean o no POS. Así mismo solicitó ser exonerada del pago de las cuotas moderadoras y copagos, así como la exoneración de trámites administrativos tales como Comités y Juntas Médicas y todo lo que represente una dilatación en la prestación de los servicios médicos. Por último, solicitó se ordene a la Nueva EPS brindar los gastos de transporte aéreo y alojamiento para el menor y acompañante, teniendo en cuenta que el mismo sufre de dolores severos lumbares que le impiden estar sentado por un lapso de tiempo prolongado.	1.- Proceda a Autorizar disponer en el término perentorio de un (01) día, el pago de transporte y viáticos a que tenga lugar, para su menor hijo y para ella como su acompañante a la ciudad de Bucaramanga o donde sea necesario, para que le realicen los exámenes y demás tratamientos dispuestos conforme al diagnóstico médico que dispuso la misma accionada 2.- Así mismo, en el mismo término, que la accionada Autorice, todos y cada uno de los exámenes y citas con especialistas, junto con los pagos de viáticos que correspondan para dichas citas.
(ii) de causa petendi	La gestora de amparo, manifestó que su menor hijo padece de Espina Bífida, Hipoestesia de miembros inferiores progresiva, atrofia de gemelos, Escoliosis y tórax con pectum excavatum. Por las cuales se ha acudido en varias oportunidades tanto al servicio de urgencias como citas de consulta externa en medicina general y especializadas. Que el 11 de enero de 2023 y mientras el menor se encontraba hospitalizado, se ordenó una interconsulta con neurocirugía pediátrica, misma que fue reiterada en la valoración del 19 de enero de 2023. Obteniéndose por parte de la Nueva EPS la respectiva autorización. Sin embargo, la consulta no se ha realizado por falta de especialista en la ciudad. Que el 4 de febrero de 2023, el especialista en urología ordenó un examen de urodinamia para determinar las causas del escape de orina, a lo cual la EPS solo refiere que el prestador de los servicios de urología no brinda este servicio por no tener servicio de urología pediátrica. Que la falta de realización del examen de Urodinamia y la no determinación de fecha para consulta con especialista por neurocirugía pediátrica, impide determinar con certeza las fallas en la salud de Carlos Andrés.	La accionante señala que su menor hijo ha sido diagnosticado con las patologías: espina bífida, hipoestesia de miembros inferiores progresiva, atrofia de gemelos, escoliosis y tórax con pectum excavatum. Aducen ser una familia de escasos recursos de estrato dos, que dependen económicamente del ingreso económico de su esposo Que el día 11 de enero de 2023 mientras su consanguíneo estaba hospitalizado, se ordenó una interconsulta con neurocirugía pediátrica, la cual la reiteraron en la valoración del 19 de enero de 2023. Señala que después de una acción de tutela <u>fue autorizada para el Hospital Internacional de Colombia el día 16 de agosto de 2023 a las 4:40 pm el cual queda ubicado en la ciudad de Bucaramanga en el kilómetro 7 vía Piedecuesta.</u> Que la citada entidad le hizo una llamada donde le <u>cancelaban la cita asignada con neurocirujano motivo por el cual la Nueva EPS cancelo el servicio contratado con dicha entidad. Cabe mencionar que esta cita fue asignada para otra especialidad y no para la que el paciente requiere: Neurocirujano Pediátrico</u> Que para el día 04 de febrero de 2023, el especialista en urología le ordena el examen de urodinamia estándar para determinar las causas y estudios de la vejiga neurogénica en primera instancia, <u>el cual mediante tutela fue autorizado para la Clínica Foscal el día 02 de agosto de 2023 a las 09:40 horas, esta queda ubicado en la siguiente dirección: Calle 155ª No 23-60 Floridablanca- Santander.</u>

		De igual le fue ordenada una resonancia magnética de sistema de musculo esquelética composición corporal, mediante el cual después de la tutela a la fecha no le han dado comunicado ni lugar ni fecha donde se va a realizar sólo ha recibido la información que no la realizan en la ciudad de Cúcuta ni en la ciudad de Bucaramanga, pero si fue autorizada para la Fundación Cardiovascular, Dado lo expresado es que le solicito a la Nueva EPS le fueran cubiertos los viáticos y transporte para el desplazamiento de su menor hijo a cumplir la cita por no tener los recursos para dichos traslados. Teniendo en cuenta que no todas las autorizaciones y exámenes, especialistas que el paciente requiere para el manejo de su tratamiento no se realizan en una sola ciudad, se debe tener en cuenta Si llegado el caso se remita a otras ciudades, la Nueva EPS cubra con los viáticos y transporte del menor y su acompañante. Que le comunica la accionada no acceder al reconocimiento de los viáticos por cuantos los gastos deben correr por cuenta de los familiares.
(iii) de partes	Accionate: GLADYS RINCON RUBIO en representación de su menor hijo C.A.A.R. Accionada: NUEVA EPS.	Accionate: GLADYS RINCON RUBIO en representación de su menor hijo C.A.A.R. Accionada: NUEVA EPS.

Encontramos de la anterior comparación, la pretensión principal de la acción de tutela adelantada en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de esta ciudad, era la búsqueda de las autorizaciones para todos los servicios médicos como exámenes, citas médicas con los especialistas, dispuestos para el tratamiento de su menor hijo, la autoridad judicial, le reconoció la vulneración de los derechos invocados como vulnerados y en su parte resolutive ordenó a la accionada NUEVA EPS: *...proceda a autorizar, programar y garantizar la practica real y efectiva de la resonancia magnética del sistema musculo esquelética, el examen de urodinamia estándar y las consultas con urología pediátrica con resultados y neurocirugía pediátrica... realice una valoración médica al menor Carlos Andrés Araque Rincón, en la que determine la cantidad de pañales que el mismo requiere al mes para atender sus patologías relacionadas con la vejiga y la falta de control de esfínteres, así como la necesidad y cantidad de pañitos húmedos y crema anti escaras, debiendo luego de la referida consulta, suministrar oportunamente los servicios allí prescritos... que, en adelante garantice al menor todos los exámenes, consultas, medicamentos, servicios, procedimientos e insumos que sean dispuestos por los galenos tratantes de la EPS, como necesarios para el maneo de los diagnósticos de sospecha de vejiga neugénica - neuropática, pactum escavatum, espina bífida, anormalidades de la marcha y de la movilidad. En términos de eficiencia, calidad y prontitud y sin reparos administrativos que obstruyan la recuperación del paciente, incluyendo la mención expresa de los servicios ordenados en el PBS. Por lo expuesto en la parte motiva...*

Las demás pretensiones fueron negadas por el fallador de instancia, entre ellas la referente a que fuera impuesta a la accionada el reconocimiento y pago de viáticos por motivo de los traslados del menor a las citas que tuviera para efectos de consultas con especialistas y exámenes necesarios ordenados por los médicos tratantes. Dentro del fallo referido en la parte motiva del mismo, concretamente en el numeral 2.4, bajo el título de **CASO CONCRETO**, el Juez Constitucional de conocimiento señaló:

...Sin embargo, en lo que respecta al suministro de gastos de transporte y alojamiento, el Despacho no accederá, habida cuenta que en el plenario no existe prueba alguna que si quiera permite presumir o advertir que el paciente ha debido acudir a otros prestadores médicos ubicados en una ciudad distinta a la de Cúcuta, para su tratamiento, contrario a ello se observa que, el menor ha sido valorado por especialistas en urología pediátría, neuropediátría entre otras especialidades en Cúcuta. Por lo cual el elemento de la necesidad, indispensable para este tipo de ordenes no se hace latente en esta oportunidad... (Subrayado fuera de texto).

Esta decisión permite fundar el criterio que la actora podía acudir, como así lo hizo, a una nueva acción constitucional, para el posible reconocimiento por parte de la accionada de los emolumentos necesarios para los transportes de su menor hijo a las citas médicas con especialistas y/o exámenes. Y nótese qué, de lo plasmado por el fallador, antes subrayado, deja

Página 1 de 1

AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS

nueva
eps
gente cuidando gente

Solicitada el: 04/07/2023 15:44:48
Autorizada el: 04/07/2023 15:47:15
Impresa el: 04/07/2023 15:47:15

No. Solicitud: NO REPORTADO
No. Autorización: (POS - 12555) P088 - 210046387
Código EPS: EPS037

Afiliado: TI.1090418609

ARAQUE RINCON CARLOS ANDRES

Edad: 15

Fecha Nacimiento: 05/05/2008

Tipo afiliado: BENEFICIARIO (A)

Dirección Afiliado: AV 4 N 26 70 LOS PATIOS

Departamento: NORTE DE SANTANDER

Municipio: LOS PATIOS 405

Teléfono afiliado: (7) - 3209290757

Teléfono celular afiliado: 3209290757

Correo electrónico: araquestor@hotmail.com

I.P.S. Primaria: U.T. VIHONCO CEIMLAB - SEDE 1 CALLE 13 CO

Solicitado por: CENTRO INTEGRAL DE ATENCION DIAGNOSTICA ESPECIALIZADA CIADIE

Nit: 901002999 - 1

Código: 540010212901

Dirección: AV 1 E 4-09 LC 4

Departamento: NORTE DE SANTANDER 54

Municipio: CUCUTA 001

Teléfono: (7) -

Ordenado por: MARIN NIÑO EMILIO JOSE

Remitido a: FOSCAL-FUNDACION OFTALMOLOGICA DE SANTANDER CLINICA CARLOS ARDILA LULLE (OPL)

Nit: 890205361 - 4

Código: 682760166601

Dirección: CRA 24 # 154 - 106 URBANIZACION EL BOSQUE

Departamento: SANTANDER 68

Municipio: FLORIDABLANCA 276

Teléfono: (7) - 6384160 - 6386000 - 6382828

Ubicación del paciente: CONSULTA EXTERNA

Origen: ENFERMEDAD GENERAL

Dx: N310

VEJIGA NEUROPATICA NO INHIBIDA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE

CODIGO	CANT	DESCRIPCION
852001	1	URODINAMIA ESTANDAR +

Afiliado cancela de Copago el 11.5% del valor de la atención, y hasta \$304.583

Manejo Integral según guía: NO

Firma Afiliado ó Acudiente

Autorizador: DEYSI YURLEY CARVAJAL BASTO
Teléfono:
Cargo o Actividad: PROFESIONAL UNIVERSITARIO

Esta autorización es netamente administrativa y garantiza que el usuario tiene derecho al servicio solicitado. La pertinencia estará sujeta a la revisión de Auditoría Médica.

Valido por 180 días a partir de la fecha de Autorización.

* * Referencia - Cuenta Medica: P088-263108224
Registro impreso por: DEYSI YURLEY CARVAJAL BASTO

6003299 SEPT/2013 P.F. e1

NUEVA EPS S.A. - NIT. 900.156.264-2

Página 1 de 3

AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS

nueva eps
gente cuidando gente

Solicitada el: 12/05/2023 07:15:38
Autorizada el: 12/05/2023 07:17:48
Impresa el: 12/05/2023 07:17:48

No. Solicitud: NO REPORTADO
No. Autorización: (POS - 12555) P006 - 205691255
Código EPS: EPS037

Afiliado: T1.1090410609
Edad: 15
Dirección Afiliado: AV 4 NO 26 70 LOS PATIOS
Teléfono afiliado: (7) - 3209290757
I.P.S. Primaria: U.T. VIHONCO CEIMLAB - SEDE 1 CALLE 13 CO

ARAQUE RINCON CARLOS ANDRES
Fecha Nacimiento: 05/05/2008
Departamento: NORTE DE SANTANDER
Teléfono celular afiliado: 3209290757

Tipo afiliado: BENEFICIARIO (A)
Municipio: LOS PATIOS 405
Correo electrónico: araquenestor@hotmail.com

Solicitado por: U.T. VIHONCO CEIMLAB - SEDE 1 CALLE 13 CONTRIBUTIVO
Nit: 901365814-3
Dirección: AVENIDA 3E N° 13-15 CAOBOS
Teléfono: (7) - 5955846

Código: 540010194901
Departamento: NORTE DE SANTANDER 54
Municipio: CUCUTA 001

Ordenado por: CAPARROSO PEREZ LUIS CARLOS
Remitido a: FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA
Nit: 890212568-0
Dirección: KILOMETRO 7 VIA PIEDECUESTA FLORIDABLANCA
Teléfono: (7) - 6394040

Código: 685470028910
Departamento: SANTANDER 68
Municipio: PIEDECUESTA 547

Ubicación del paciente: CONSULTA EXTERNA
Origen: ENFERMEDAD GENERAL
Dx: G900 NEUROPATIA AUTONOMA PERIFERICA IDIOPATICA

CODIGO	CANT	DESCRIPCION
E890274	1	CONSULTA ESPECIALIZADA POR NEUROCIRUGIA PEDIATRICA

Afiliado cancela de C.Moderadora \$4,100

Manejo Integral segun guía: NO

Firma Afiliado o Acudiente

Autorizador: NATALIA HERNANDEZ ROJAS
Teléfono:
Cargo o Actividad: PROFESIONAL UNIVERSITARIO

Esta autorización es netamente administrativa y garantiza que el usuario tiene derecho al servicio solicitado. La pertinencia estará sujeta a la revisión de Auditoría Médica.

Valido por 180 días a partir de la fecha de Autorización

* * Referencia - Cuenta Medica: P006-257874555
Registro impreso por: NATALIA HERNANDEZ ROJAS

Orden: Neurocirujano pediatra

6003299 SEPT / 2013 P.F.e.1

600.156.264-2

Que al menor le expidieron las autorizaciones:

- 04/07/2023 Autorización No. (POS-12555) P088-21004637
Remitido a: FOSCAL – FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER
Ubicación: Cra. 24 # 154-106 Urbanización El Bosque Floridablanca (Santander)
Para examen de URODINAMIA ESTANDAR
- 12/05/2023 Autorización No. (POS-12555) P006-205691255
Remitido a: FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA HOSPITAL INTERNACIONAL DE COLOMBIA
Ubicación: Kilómetro 7 Vía Piedecuesta (Santander)
Para CONSULTA ESPECIALIZADA POR NEUROCIRUGÍA PEDÍATRICA

Por ello considera esta Unidad Judicial, que no es aplicable para el caso que nos ocupa el principio de la cosa juzgada, pues no existe uno de los requisitos necesarios para su imposición, como lo es el de identidad de objeto, suficiente para este Despacho constitucional para dejar de analizar los demás requisitos aducidos en la jurisprudencia.

Ahora bien, teniendo como base lo anterior, es pertinente señalar que se hace necesario dar aplicación a la jurisprudencia señalada en el numeral **2.3.1.4.** de esta decisión, y que tiene que ver con reconocimiento y pago de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación.

Es de advertir que, si bien es cierto la accionada **NUEVA EPS**, señala en su respuesta que no se le es permitido reconocer a su representada los gastos de transporte por normatividad, también observa que dentro de dicho alegato, la accionada sobre el tema sólo hace mención del transporte interurbano, esto es, el transporte del accionante dentro del lugar de domicilio del usuario. Obviando la diferencia que existe entre un transporte y otro, como quiera que el transporte intermunicipal es el traslado que se hace entre municipios, mientras que el interurbano, es el que se realiza dentro del mismo municipio, y así lo deja ver la jurisprudencia que citara esta Unidad Judicial en este fallo.

Por lo anterior, y de acuerdo a lo antes mencionado, se hace necesario la protección al menor **C.A.A.R.** de los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida en Condiciones Dignas invocados por la madre de éste **GLADYS RINCÓN RUBIO**, por encontrarlos vulnerados por la accionada **NUEVA EPS**, a expensas del conocimiento que tenía la accionada que en la decisión inicialmente tomada por el Juez Constitucional, dejaba abierta la posibilidad que conforme a los tratamientos que le fueran diagnosticados al menor, éste tuviera que ser remitido a especialistas o exámenes fuera de la ciudad donde reside en la actualidad, dada la complejidad de su diagnóstico.

En tal sentido, frente al amparo acá decretado se le concederá un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes del recibo de notificación del presente fallo, para que procedan el reconocimiento de los viáticos a que tenga lugar en lo sucesivo y con ocasión a los traslados fuera del municipio de residencia del menor, así como lo concerniente al alojamiento y alimentación tanto para el menor como para su acompañante.

Por otra parte, es necesario hacer la presente apreciación respecto a las demás pretensiones que esboza la accionante que no ha cumplido la accionada. Es menester señalarle que frente a los incumplimientos de lo ordenado dentro del fallo de tutela del radicado No. 2023-00114 deberá acudir a mecanismo diferente a interponer una nueva acción de tutela por hechos tratados y resueltos.

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

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud y a la Vida Digna invocados por la señora **GLADYS RINCÓN RUBIO**, quien actúa en representación de su menor hijo **C.A.A.R.**, 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, para que procedan el reconocimiento de los viáticos a que tenga lugar en lo sucesivo y con ocasión a los traslados fuera del municipio de residencia del menor, así como lo concerniente al alojamiento y alimentación tanto para el menor como para su acompañante.

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
Juez

LUCIO VILLAN ROJAS
Secretario

2.3.1.2. Temeridad en la acción de tutela

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Una de las reglas que ha fijado la Alta corte, en virtud del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es que: ... “quien interponga la acción de tutela, deberá manifestar bajo gravedad de juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos”. (resaltado propio).

En caso de que dicha regla sea desconocida se aplicarán las consecuencias establecidas en el artículo 38 del mencionado Decreto “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes (...)”.

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar **la temeridad**, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló¹⁵:

“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones¹⁶ y (iv) la ausencia de justificación razonable¹⁷ en la presentación de la nueva demanda¹⁸ vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una **identidad en el objeto**, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo

¹⁵ Ver sentencia T-069 de 2015.

¹⁶ Sentencias T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-593 de 2002, T-263 de 2003, T-707 de 2003, T-184 de 2005, T-568 de 2006 y T-053 de 2012.

¹⁷ Sentencia T-248 de 2014

¹⁸ 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.

derecho fundamental”¹⁹; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa²⁰; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”²¹. (negrilla fuera del texto original)

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar²².

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó la Corte que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) **identidad de partes**; (ii) **identidad de hechos**; (iii) **identidad de pretensiones**; y (iv) **la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista**²³. (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, la Corte ha aclarado que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, per se, que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o en 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 derecho²⁴. En términos de la Corte:

“En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia”²⁵. (Negrilla del Juzgado)

2.3.1.3 Cosa juzgada constitucional

En cuanto a esta figura jurídica, la Corte Constitucional ha expresado su posición jurisprudencial señalado lo siguiente:

“Se trata de una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus providencias definitivas, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica”²⁶.

En tratándose del recurso de amparo la existencia de la cosa juzgada constitucional se estatuye como un límite legítimo al ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, impidiéndose acudir de forma repetida e indefinida a los jueces de tutela, cuando el asunto ya ha sido resuelto en esta jurisdicción, respetando así el carácter eminentemente subsidiario del mecanismo constitucional”²⁷

En tal sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe (i) identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada; (ii) de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento; y, (ii) 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.

¹⁹ Sentencia T-1103 de 2005, sentencia T-1122 de 2006, entre otras.

²⁰ Ibidem

²¹ Sentencia T-1103 de 2005, sentencia T-1022 de 2006, sentencia T-1233 de 2008

²² Contendidas en el inciso tercero del artículo 25 del precitado Decreto 2591 de 1991, en el inciso segundo del artículo 38 del mismo cuerpo normativo o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012.

²³ Ver entre otras, sentencias: T-568 de 2006, T-951 de 2005 y T-410 de 2005.

²⁴ Ver sentencia T-185 de 2013.

²⁵ Sentencia T-548 de 2017.

²⁶ Sentencia C-774 de 2001.

²⁷ Sentencia T-185 de 2017.

...“Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada 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”²⁸...

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia) que hace la decisión inmutable e inmodificable,²⁹ salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela³⁰. Por el contrario cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión.³¹

En caso de comprobarse que se está ante la presencia de la cosa juzgada constitucional, es deber del juez de tutela declarar la improcedencia de la acción³².

En relación con esta figura, la decisión de la Corte Constitucional de no seleccionar una tutela para su revisión comprende que la decisión adoptada por los jueces de instancia quede ejecutoriada formal y materialmente, operando así el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Con base en lo dicho y a manera de conclusión este fenómeno jurídico tiene como fin evitar que los funcionarios judiciales conozcan, tramiten o decidan un asunto ya resuelto, mediante un fallo de tutela que ha cobrado ejecutoria, bien sea en sede de revisión por parte de esta Corporación, o en sede de instancia cuando la misma decide no seleccionarlo³³.

2.3.1.4. Reglas jurisprudenciales para reconocer el transporte con el fin de garantizar un acceso real y efectivo del derecho a la salud.

Si bien en principio el servicio de transporte debe ser asumido por el usuario, la reglamentación del PBS ha incluido su garantía en la medida que en algunos casos es una prestación necesaria para el acceso efectivo a servicios de salud. Al respecto, esta Corporación expresó:

“(...) si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el **acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica.** (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.”⁸ (Negrilla fuera de texto)

Actualmente, el servicio de transporte está regulado en los artículos 126 y 127 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, la modalidad de transporte intraurbano no fue incluido en dicha regulación. No obstante, la H. Corte Constitucional estableció⁹ que **la EPS debe brindar el transporte y luego realizar los cobros correspondientes ante el FOSYGA, en aquellos casos en (i) que la falta de ese servicio sea un obstáculo para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y (ii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para pagar este servicio por su cuenta**¹⁰. Así, en sentencia T-155 de 2014, la Corte ordenó a la EPS que autorice el transporte requerido a una menor y su acompañante, dado que

²⁸ Ver sentencia T-649 de 2011, T-280 de 2017 y T-217 de 2018.

²⁹ Sentencia T-813 de 2010.

³⁰ Sentencia T-053 de 2012.

³¹ Sentencia T-185 de 2013.

³² Ver Sentencia T- 019 de 2016.

³³ Ver sentencia T-298 de 2018.

“No siendo suficiente tener derecho a acceder a un servicio médico si se carece de los medios para hacer de este un acceso real y efectivo, el derecho a la salud debe incluir, además del acceso formal a la atención médica, el suministro de los medios indispensables para materializar la prestación del servicio. Así, cuando se está frente a un caso en el cual un usuario del Sistema de Salud no tiene los recursos económicos para acceder a los servicios médicos que requiere, el Estado y las entidades de salud deben concurrir garantizando su acceso efectivo por virtud de la garantía de accesibilidad económica.” (Negrilla y Subraya del Despacho)

Entonces le corresponde al juez de tutela evaluar en cada caso particular la pertinencia, necesidad y urgencia de autorizar el servicio de transporte **“en los eventos en los cuales, (i) el tratamiento sea imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona; (ii) el paciente o sus familiares carezcan de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento, y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genere riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente”**¹¹. (Negrilla y Subraya del Despacho)

En lo que se refiere al suministro de los gastos de transporte, en la Sentencia T-065 de 2023, indicó que existía una excepción a la regla según la cual el transporte, fuera de los eventos contemplados por el PBS, corresponden a un servicio que debe ser sufragado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar, consistente para el transporte interurbano, que se estableció en la Sentencia T-464 de 2018, en la cual se indicó que un menor tenía derecho al transporte intraurbano, en caso de que la prestación del servicio fuera dentro del mismo municipio de residencia, si se comprobaba que sus cuidadores carecían de recursos para financiarlo. Así concluyó que **“... para concederle al niño el derecho al transporte intraurbano, era necesario primero comprobar la insuficiencia de recursos económicos. Lo mismo decidió frente al derecho al transporte de un acompañante.”**

Igualmente, hizo referencia a que en la sentencia anterior, expresamente, señaló: **“Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio de transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la UPC no contempla esa posibilidad. Para tal fin, se deberá corroborar que el paciente “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.**”

En este caso, la agente oficiosa indica que debido a las terapias se ve en la necesidad de transportar diariamente a la menor VGM, y que sus ingresos no le alcanzan para cubrir los costos de movilización y asumir los demás gastos que requiere el tratamiento de esta, y lo cierto es que, se trata de es un sujeto de especial protección constitucional al ser un menor de edad, que padece unas patologías que retrasan su desarrollo, como lo es, sufrir el Trastorno del Espectro de Autismo, siendo evidente la necesidad de acudir a tales servicios médicos, por lo que su atención en salud no debe ser obstruida o limitada por ninguna circunstancia, como lo sería no contar con los medios para trasladarse a los Centros Médicos, máxime cuando la entidad accionada ha autorizado los mismos en municipio distintos a los de su residencia.

Las anteriores circunstancias no fueron desvirtuadas por la **NUEVA E.P.S.**, y dado la patología que sufre la menor **VGM** requiere una atención y cuidado permanente que requiere incurrir en gastos de transporte para la asistencia a las terapias médicas, requiere **“... el apoyo del sistema de salud, con el fin de que las dificultades de transporte no se conviertan en barreras de acceso al derecho fundamental de los menores a la salud. A esas condiciones económicas, se debe sumar una consideración especial al estado de salud de los pacientes, su dependencia y la necesidad de la atención y cuidado permanente”**¹²

Así, en garantía del derecho fundamental a la salud amparado, se ordenará a la **NUEVA E.P.S.**, que realice todos los trámites administrativos en aras de brindar a la menor **VGM** y un acompañante, el servicio de traslado intraurbano, para acudir a las terapias de neurodesarrollo, ocupacional, fonoaudiología, física, modificación de la conducta e integración neurosensorial, que se ordenaron por los médicos tratantes el 12 de junio de 2023.

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.

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)

1. Mi hijo el menor CARLOS ANDRES ARAQUE RINCON ha sido diagnosticado con las siguientes patologías: espina bífida, hipoestesia de miembros inferiores progresiva, atrofia de gemelos, escoliosis y tórax con pectum excavatum, somos una familia de escasos recursos que dependemos económicamente de mi esposo el cual gana un salario mínimo y no tenemos más ingresos, además somos estrato 2.

2. El día 11 de enero de 2023 mientras mi hijo estuvo hospitalizado, se ordenó una interconsulta con neurocirugía pediátrica, la cual la reiteraron en la valoración del 19 de enero de 2023; la cual después de una acción de tutela fue autorizada para el Hospital Internacional de Colombia el día 16 de agosto de 2023 a las 4:40 pm el cual queda ubicado en la ciudad de Bucaramanga en el kilómetro 7 vía Piedecuesta.

El Hospital Internacional De Colombia Mediante una llamada el día sábado a las 10:54am me cancelan la cita asignada con neurocirujano motivo por el cual la Nueva EPS cancelo el servicio contratado con dicha entidad. Cabe mencionar que esta cita fue asignada para otra especialidad y no para la que el paciente requiere: Neurocirujano Pediátrico

3. El día 04 de febrero de 2023, el especialista en urología le ordena el examen de urodinamia estándar para determinar las causas y estudios de la vejiga neurogénica en primera instancia, el cual mediante tutela fue autorizado para la Clínica Foscal el día 02 de agosto de 2023 a las 09:40 horas, esta queda ubicado en la siguiente dirección: Calle 155ª No 23-60 Floridablanca- Santander.

4. De igual manera a mi hijo le fue ordenada una resonancia magnética de sistema de musculo esquelética composición corporal, mediante el cual después de la tutela a la fecha no me han dado razón de donde se va a realizar ni que día, la única razón que me han dado es que no la realizan en la ciudad de Cúcuta ni en la ciudad de Bucaramanga, teniendo en cuenta hasta el momento está autorizada para la Fundación Cardiovascular,

5. A raíz de que estas autorizaciones están para la ciudad de Bucaramanga se le solicito a la Nueva EPS me fueran cubiertos mis viáticos y transporte para desplazarme con mi hijo a cumplir la cita ya que no cuento con los medios para realizar el traslado del menor, más con las enfermedades que sufre mi hijo. Teniendo en cuenta que no todas las autorizaciones y exámenes, especialistas que el paciente requiere para el manejo de su tratamiento no se realizan en una sola ciudad, se debe tener en cuenta Si llegado el caso se remita a otras ciudades, la Nueva EPS cubra con los viáticos y transporte del menor y su acompañante.

6. Mediante oficio No NS-DMZ-3552-2023 LA Nueva EPS donde no acceden a mi solicitud teniendo en cuenta que según lo manifestado por ellos esos gastos deben correr por mi cuenta, por el principio de solidaridad y no tienen en cuenta que no cuento con los medios ni recursos, para cumplir las citas y de no asistir la salud de mi menor hijo se verá deteriorada

7. Es de resaltar que yo en ningún momento solicite que las citas fueran realizadas en la ciudad de Bucaramanga esto fue una respuesta de la Nueva EPS por no contar con los especialistas para realizar la consulta y los exámenes en la ciudad de Cúcuta N.S.