

13001-33-33-001-2022-00285-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-001-2022-00285-01
DEMANDANTE	MARÍA ALEJANDRA HERAZO MENDOZA
DEMANDADO	NUEVA EPS
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL – NO SE CONFIGURA LA TEMERIDAD

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la señora María Alejandra Herazo Medina, quien actúa en calidad de parte accionante, contra la sentencia de fecha trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)², proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela instaurada.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos.³

Como fundamentos fácticos de la solicitud de amparo, la actora señala padece de inmovilidad en su rostro y molestia en su oído derecho, debido a ello y conforme a estudios médicos realizados, le fue diagnosticado un tumor en la parótida derecha de su oído y se le remitió a especialista en

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 12Sentencia Primera Instancia.

³ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 01Tutela – Folios 1-3.



13001-33-33-001-2022-00285-01

otología (Dr. Carlos Arturo Vélez Duncan), siendo este el único otólogo que presta sus servicios en la ciudad de Cartagena.

Sostiene que el médico otólogo tratante ha determinado que el tratamiento pertinente es una cirugía urgente, mastoidectomía radical modificada del oído derecho, timpanoplastia con revisión de la cadena osicular, reconstrucción de mato auditivo externo, la realización de parotidectomía total con preservación del nervio facial derecho, colgajo local del pie compuesto de vengidad anterior y posterior mayor de 10 cm, biopsia por congelación intraquirúrgica, monitoreo de nervio facial intraoperatorio más kit de eléctricos, bisturí harmónico, hemograma pt, ptt, bun, creatinina uro análisis ekg rx torax. Asimismo, su dictamen indica que debe ser valorada antes por nefrología, ya que padece de una acidosis tubular renal, enfermedad de por vida, y por anestesiología.

En ese orden, esgrime haber acudido a las instalaciones de Nueva EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada, para nueva remisión y, en consecuencia, la entidad determinó que su intervención debe ser llevada a cabo en la Clínica La Milagrosa ubicada Santa Marta, ciudad que afirma no conocer y donde no tiene familiares ni amigos que la puedan ayudar de alguna manera; razón por la cual nuevamente acude ante la Nueva EPS, a fin de informar que en la ciudad de Cartagena existen IPS y profesionales que prestan los servicios que requiere, de lo cual no ha recibido respuesta positiva.

Ahora bien, la actora advierte que con fundamentos a hechos similares promovió con anterioridad acción de tutela, de la que se dictó sentencia en fecha 26 de abril de 2022, con numero de radicado 13001-33-33-012-2022-00096-00, sin embargo, esgrime que el fallo proferido es imposible de ser ejecutado y, de otra parte, se han generado hechos nuevos, los cuales han impedido que realmente se me haya materializado la protección constitucional.

De lo anterior argumenta que (i) la entidad autorizada en el fallo de tutela anterior para prestar el servicio no cuenta con médico especializado para realizar la intervención quirúrgica y (ii) en la ciudad de Cartagena de indias se encuentran especialistas necesarios para efectuar el trámite de la operación y para que la misma se realice; sin embargo, el Hospital

13001-33-33-001-2022-00285-01

Universitario del Caribe, que es la entidad con contrato con la Nueva EPS, no cuenta con los cirujanos para realizar la intervención quirúrgica.

3.1.2. Pretensiones.⁴

Con base en los hechos esbozados el escrito de demanda, la actora solicita lo siguiente:

“1. Que se sirva la distinguida y respetada juez, de ordenar la nueva EPS, hacer uso de su logística para que se realice todas las operaciones quirúrgicas, tratamientos médicos, sean conexos o derivados de la patología.

2. En caso de que la EPS mencionada no encuentre dentro de su logística con sus equipos, personal adecuado, de todas maneras, se ordene a la nueva EPS, que asuma los gastos y en consecuencia se ordene las contrataciones necesarias para que se pueda efectivamente materializar el derecho fundamental a la salud, y buscar lo necesario dentro de la red que tenga la nueva EPS para prestar la atención integral en coherencia al servicio necesitado para la operación de la lesionada.

3. Se dé cobertura integral dentro de lo que se ostenta la juez, para que haya claridad y no haya limitantes en la inmediatez que requiere la lesionada con su derecho integral a la salud, para que de manera efectiva pueda ser operada.”

3.2. CONTESTACIÓN⁵

La accionada Nueva EPS presentó escrito en respuesta a la acción constitucional de la referencia, en los siguientes términos:

En primera media, la entidad se refiere al estado de afiliación de la señora María Alejandra Herazo Medina, constatando que la accionante se encuentra activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo, Categoría A.

Del mismo modo, informa que el servicio de salud consulta de control o de seguimiento por especialista en cirugía de cabeza y cuello ha sido

⁴ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 01Tutela – Folio 6.

⁵ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 09InformeTutelaNuevaEPS.

13001-33-33-001-2022-00285-01

autorizado bajo la radicado No. 229932698 y se ha direccionado a la Clínica General del Norte.

En cuanto a la solicitud de atención en institución específica o con médico específico, aclara que Nueva EPS-S garantiza a sus afiliados la atención en salud en las IPS de su red acorde con las necesidades de estos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente, a través de las IPS y los profesionales de la salud que tengan contratados en su red prestadora de servicios.

De otra parte, esgrime una presunta actuación temeraria y cosa juzgada en materia de tutela, dada la existencia de fallos de tutela anteriores con idénticas solicitudes de amparo constitucional efectuadas por la accionante en contra de Nueva EPS.

Así, conforme a lo indicado formula las siguientes pretensiones:

Principales, (i) se declare improcedente la solicitud de tutela en contra de Nueva EPS, toda vez que la prestación efectiva de los servicios de salud consulta de control o de seguimiento por especialista en cirugía de cabeza y cuello es llevada a cabo directamente por las IPS encargadas de la prestación del servicio, y no por parte de Nueva EPS en su condición de aseguradora de salud, (ii) se disponga que las consultas y tratamiento de la actora deban realizarse con las IPS y galenos designados por Nueva EPS, (iii) se deniegue la solicitud de atención integral y (iv) se deniegue por improcedente la presente acción de tutela contra Nueva EPS S.A.

Subsidiaria, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A través de sentencia de fecha 13 de septiembre de 2022⁶, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió lo siguiente:

⁶ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 12Sentencia Primera Instancia.



13001-33-33-001-2022-00285-01

“PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela formulada por la señora MARIA ALEJANDRA HERAZO MEDINA contra la NUEVA EPS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría, remítase copia al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, del escrito de tutela y sus anexos correspondientes al presente proceso.

TERCERO: Si la presente providencia no es impugnada, envíese a la Corte Constitucional. En evento de ser excluida de revisión, archívese el expediente previa cancelación de su radicado.”

Para lo cual, como razones de su decisión el a quo sostuvo que a partir de la información suministrada por la accionada pudo establecer la existencia de otra acción de tutela emanada del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, identificada con el radicado 13001-33-33-012- 2022-00096-00, dentro de la cual se emitió sentencia el 26 de abril de 2022, advirtiendo de su análisis que el asunto que se plantea ya fue resuelto en la sentencia en mención y que lo pretendido es que se modifique la orden contenida en la sentencia para que el procedimiento prescrito por el médico tratante se lleve a cabo en otro ente prestador del servicio de salud.

Así, en cuanto a los supuestos hechos nuevos aducidos por el accionante, descartó su configuración por considerar que no se trata de la ocurrencia de un supuesto fáctico con posterioridad a la sentencia emitida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que modifique las circunstancias fácticas que le dieron origen, sino de aspectos que tocan con el cumplimiento de lo ordenado en ella, correspondiendo el conocimiento de esta situación al juez que la emitió.

Además, destaca haber observado que actualmente el Juzgado precitado, se encuentra en curso incidente de desacato encaminado a establecer si se dio cumplimiento al fallo de tutela.

3.4. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.⁷

El día 15 de septiembre de 2022 la señora María Alejandra Herazo Medina, parte accionante, presentó escrito de impugnación contra la decisión de

⁷ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 14Impugnacion.

13001-33-33-001-2022-00285-01

primera instancia, mediante el cual resalta la serie de supuestos hechos nuevos, que ameritaron la promoción de una nueva acción de tutela para el amparo de su derecho fundamental a la salud, y los desacatos presentados durante la búsqueda de la protección material.

Como fundamento de lo anterior, pretende que sea revocado el fallo proferido por el *a quo*, en consecuencia, se tutele su derecho fundamental a la salud, se ordene su atención integral y se atienda debidamente el fallo de tutela, entidad que ha incurrido en desacato.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

A través del auto de fecha 20 de septiembre de 2022⁸ el *a quo* concedió la impugnación presentada por la señora María Alejandra Herazo Medina, parte actora.

La presente tutela fue repartida a esta Corporación, mediante Acta de Reparto de fecha 22 de septiembre de 2022⁹.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

⁸ Expediente Digital – 01PrimeraInstancia, 15AutoConcedelImpugnacion.

⁹ Expediente Digital – 02SegundaInstancia, 01ActaDeReparto.

13001-33-33-001-2022-00285-01

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

¿La acción de tutela que en esta oportunidad es objeto de impugnación es temeraria o versa sobre un asunto respecto del cual se ha configurado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional una vez se constató que existe otra solicitud de amparo aparentemente similar?

En caso de ser negativa la respuesta anterior se resolverá el siguiente problema jurídico:

¿En el caso sub examine se encuentran acreditados los requisitos legales y jurisprudenciales para la procedencia de la acción de tutela?

En caso de superarse los requisitos de procedibilidad se deberá resolver si:

¿La Nueva EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de la señora María Alejandra Herazo Medina, al no autorizar y direccionar el servicio médico que requiere la afiliada a una IPS de la ciudad de Cartagena y con su médico tratante?

En atención a los antecedentes procesales del caso sub iudice, la Sala deberá estudiar, primero, (i) los requisitos de procedencia de la acción de tutela, (ii) la cosa juzgada constitucional, por último, (iii) analizar el caso en concreto.

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala sostendrá como tesis que en el presente asunto no es procedente la acción de tutela, en tanto se constata que en esta se configura la cosa juzgada constitucional, al existir un fallo anterior proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que guarda identidad de partes, objeto y causa.

13001-33-33-001-2022-00285-01

Lo anterior por cuanto, contrario a lo alegado por el actor, no se demostró la existencia de hechos nuevos que tornaran procedente un nuevo pronunciamiento del juez constitucional. Finalmente, a pesar de la pluralidad de acciones de tutela, se concluirá que no se configura una conducta temeraria por la parte accionante como quiera que, no se advierte que la actora hubiese obrado de mala fe a la hora de acudir por segunda vez al juez constitucional para lograr la práctica de la cirugía de los males que le aquejan.

Así las cosas, deberá confirmarse la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, luego de consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales.

En ese orden, no debe perderse de vista que aun cuando la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo informal de protección de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional¹⁰ ha reconocido la existencia de unos requisitos mínimos de procedibilidad que deben

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-061 de dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020). M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos.

13001-33-33-001-2022-00285-01

verificarse a efectos de que el juez constitucional pueda entrar a resolver el fondo del litigio que ante él se plantea, estos son (i) la legitimación para hacer parte del proceso, (ii) la inmediatez con que se acude a este mecanismo excepcional de protección y (iii) la subsidiariedad de la acción de tutela.

5.4.2. Cosa juzgada constitucional.

La figura denominada “cosa juzgada” es una institución jurídica que tiene como efecto directo y principal otorgar a las decisiones judiciales la naturaleza de ser inmutables, vinculantes y definitivas, por lo tanto, una vez se haya proferido por parte de los órganos que hacen parte de la función jurisdiccional del Estado un pronunciamiento decisorio y este se encuentre debidamente ejecutoriado, el mismo quedará revestido con efectos de cosa juzgada y se producirá la terminación definitiva de la controversia particular, no pudiendo ser nuevamente evaluada. Ello para efecto de alcanzar un estado real de seguridad y coherencia del ordenamiento jurídico en cuanto a las decisiones adoptadas por los funcionarios judiciales¹¹.

Ahora bien, la jurisprudencia Constitucional¹² ha reiterado que a la hora de establecer si ha operado o no, la cosa juzgada, se requiere verificar si en dos procesos distintos, siendo uno posterior al otro, “*concurren las mismas partes, los mismos hechos y las mismas pretensiones*”.

En relación con el primero de los presupuestos, esto es, **la identidad de partes**, el mismo implica que en ambos procesos evaluados acuden las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.

En lo referente a **la identidad de objeto**, implica que la demanda versa sobre la misma pretensión del caso sobre el cual se predica la cosa juzgada.

Finalmente, en cuanto a la **identidad de causa petendi**, se presenta cuando la demanda posterior y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada tienen los mismos fundamentos o hechos como sustento. No obstante, si además

¹¹ Ver sentencias C-387 de 2017 y C-007 de 2016.

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-012 de veintinueve (21) de enero de dos mil veinte (2020). C.P: Dr. Esteban Restrepo Saldarriaga. Que reitera lo dicho en sentencia C-774 de 2001.

13001-33-33-001-2022-00285-01

de compartir los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, se permite el análisis de los nuevos supuestos.

A pesar de lo anterior, la Corte¹³ reconoce la procedencia excepcional de acciones de tutela que buscan resolver asuntos presuntamente semejantes a otros ya decididos y que han sido sometidos a consideración previa del juez constitucional; bien sea porque se demuestre que no ha sido emitido un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión puesta en conocimiento original de un juez o **que existe un hecho nuevo que justifica que el fallador analice bajo otro enfoque el asunto novedoso**. Con todo, la procedencia de una segunda acción de tutela en estos casos es excepcionalísima, por tanto, el análisis de las circunstancias que permiten desvirtuar la institución de la cosa juzgada debe ser exhaustivo y estricto.

5.4.3. Temeridad en el ejercicio de la acción de tutela.

En lo relativo al fenómeno de la temeridad en la acción constitucional de tutela se tiene que, Según el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991¹⁴, la actuación se considera temeraria cuando se presenta varias veces “la misma acción” por “la misma persona o su representante”, es decir que existe una identidad de **partes**, **causa** y **objeto** entre las solicitudes de amparo promovidas.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que de la simple comprobación de la triple identidad aducida no puede colegirse la existencia de la temeridad, dado que en caso de advertirse una justificación expresa en la formulación de la nueva demanda se desvirtuaría un actuar doloso o de mala fe de la parte actora, así a través de la sentencia T-272 del año 2019¹⁵ se precisó que:

“la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii)

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-012 de veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020). C.P: Dr. Esteban Restrepo Saldarriaga.

¹⁴ Decreto 2591 de 1991. **“ARTICULO 38. ACTUACION TEMERARIA.** 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.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-272 de diecisiete (17) de junio de dos mil diecinueve (2019). M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos.

13001-33-33-001-2022-00285-01

*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.*** (Negrillas y subrayas de sala)

Sobre este último el elemento, la Corte¹⁶ ha precisado que el dolo se presenta cuando “la actuación del actor denota el propósito desleal de obtener la satisfacción de un interés individual a toda costa y deja al descubierto el abuso del derecho, porque, deliberadamente y sin tener razón, de mala fe, se instaura la acción, o se pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia”.

Lo anterior sucede toda vez que, si bien “las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.”¹⁷

En suma, jurisprudencialmente¹⁸ se han precisado las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, a saber:

TEMERIDAD	COSA JUZGADA
Es subjetiva, es una actitud procesal del accionante.	Es objetiva, tiene que ver con la resolución definitiva de los conflictos que se someten al conocimiento de los jueces.
Su configuración requiere comprobar el dolo en la promoción de la nueva acción.	Su configuración requiere verificar que la segunda acción de tutela comparte las mismas partes, hechos y pretensiones con otra anterior.

5.5. DEL CASO EN CONCRETO

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-012 de veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020). C.P: Dr. Esteban Restrepo Saldarriaga.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-185 de diez (10) de abril de dos mil trece (2013). M.P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-012 de veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020). C.P: Dr. Esteban Restrepo Saldarriaga.

13001-33-33-001-2022-00285-01

Antes de entrar a revisar los requisitos de procedibilidad es necesario estudiar si se configura o no, la Cosa Juzgada tal como lo fue alegado por la accionada, para ello se pasa analizar las pruebas arrimadas al expediente:

5.5.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente digital de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Orden médica expedida por especialista en otología, con ocasión a cita de control médico realizada el 04 de agosto del 2022¹⁹
- Expediente de la acción de tutela iniciada por la señora María Alejandra Herazo Mendoza contra la Nueva EPS, bajo el número de radicado 13001-33-33-012-2022-00096-00.²⁰ En este se constata la acción de tutela, el informe de la accionada y el fallo constitucional.

5.5.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados, pasa la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

La parte accionante solicita el amparo constitucional al considerar que el fallo de tutela emitido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 26 de abril del 2022, es *imposible de ser ejecutada* porque la clínica en donde se le ordenó la intervención quirúrgica no cuenta con los especialistas requeridos para su patología.

Por su parte la accionada alegó que en el presente caso se configuró la cosa juzgada y el actuar de la accionante resulta temeraria al haberse expedido un fallo constitucional que protegió lo pedido en esta nueva tutela.

De otro lado, el Juez de Instancia consideró la improcedencia de la tutela advirtiendo en su análisis que el asunto que se plantea con la presente

¹⁹ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 03Anexos.

²⁰ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 08ExpedienteEnviadoJuzgado12.

13001-33-33-001-2022-00285-01

acción fue resuelto en la sentencia expedida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena. Además, manifestó que como quiera que lo pretendido es que se modifique la orden contenida en la sentencia para que el procedimiento prescrito por el médico tratante se lleve a cabo en otro ente prestador del servicio de salud, dicha pretensión se puede obtener con la instauración de un incidente de desacato, que en efecto se encontraba en curso.

Puesta así las cosas, deberá esta Magistratura, en primer lugar, previo al análisis de fondo del requisito de subsidiariedad, establecer si en efecto, se configuró la cosa juzgada alegada por la accionada y en ese sentido, se evidencia una conducta temeraria por parte de la actora o, en su defecto, a pesar de la configuración de los elementos de cosas juzgada, la existencia de “hechos nuevos” **justifica que la Sala analice bajo otro enfoque el asunto novedoso**, habilitándose un nuevo estudio de forma excepcional conforme a los parámetros analizados por la Corte Constitucional.

Precisado lo anterior, obsérvese el siguiente cuadro comparativo de las dos acciones de tutelas presentada por la parte accionante:

	ACCIÓN DE TUTELA RAD. NO. 13001-33-33-012-2022-00096-00. PROMOVIDA ANTE EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA ²¹	ACCIÓN DE TUTELA RAD. NO. 13001-33-33-0001-2022-00285- 00. PROMOVIDA ANTE EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA ²²
IDENTIDAD DE PARTES	ACCIONANTE: María Alejandra Herazo Mendoza. ACCIONADO: Nueva EPS.	ACCIONANTE: María Alejandra Herazo Mendoza. ACCIONADO: Nueva EPS.
	Padecimiento de inmovilidad en rostro y molestia en oído derecho de la señora María	Padecimiento de inmovilidad en rostro y molestia en oído derecho de la señora María

²¹ Expediente Digital – 01PrimeralInstancia, 08ExpedienteEnviadoJuzgado12 – 01Tutela, 01Demanda.

²² Expediente Digital – 01PrimeralInstancia, 01Tutela.



13001-33-33-001-2022-00285-01

<p>IDENTIDAD DE HECHOS</p>	<p>Alejandra Herazo Mendoza, debido a los cuales, y conforme a estudios médicos realizados, le fue diagnosticado un tumor en la parótida derecha de su oído, conforme al cual el médico especialista tratante ordenó cirugía urgente y valoración previa por nefrología, ya que padece de una acidosis tubular renal, enfermedad de por vida, y por anestesiología.</p> <p>En ese orden, la actora acudió a las instalaciones de Nueva EPS, para nueva remisión y, como consecuencia, la entidad determinó que su intervención debe ser llevada a cabo en la Clínica La Milagrosa ubicada Santa Marta, ciudad que afirma no conocer y donde no tiene familiares ni amigos que me puedan ayudar de alguna manera; razón por la cual nuevamente acude ante la Nueva EPS, a fin de informar que en la ciudad de Cartagena existen IPS y profesionales que prestan los servicios que requiere, de lo cual no ha recibido respuesta positiva.²³</p>	<p>Alejandra Herazo Mendoza, debido a los cuales, y conforme a estudios médicos realizados, le fue diagnosticado un tumor en la parótida derecha de su oído, conforme al cual el médico especialista tratante ordenó cirugía urgente y valoración previa por nefrología, ya que padece de una acidosis tubular renal, enfermedad de por vida, y por anestesiología.</p> <p>En ese orden, la actora acudió a las instalaciones de Nueva EPS, para nueva remisión y, como consecuencia, la entidad determinó que su intervención debe ser llevada a cabo en la Clínica La Milagrosa ubicada Santa Marta, ciudad que afirma no conocer y donde no tiene familiares ni amigos que me puedan ayudar de alguna manera; razón por la cual nuevamente acude ante la Nueva EPS, a fin de informar que en la ciudad de Cartagena existen IPS y profesionales que prestan los servicios que requiere, de lo cual no ha recibido respuesta positiva.²⁴</p> <p>(Hechos enunciados como nuevos)</p> <p><u>El fallo proferido por el Juzgado Doce Administrativo Del Circuito De Cartagena, en fecha 26 de abril de 2022, es imposible de ser ejecutado, pues la entidad autorizada en este para prestar el servicio no cuenta con médico especializado para</u></p>
-----------------------------------	---	---

²³ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 08ExpedienteEnviadoJuzgado12 – 01Tutela, 01Demanda – Folios 1-4.

²⁴ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 01Tutela – Folios 1-2.





13001-33-33-001-2022-00285-01

		<p>realizar la intervención quirúrgica y, de otra parte, en la ciudad de Cartagena de Indias se encuentran especialistas necesarios para efectuar la operación, sin embargo, estas no cuentan con contrato con la Nueva EPS.²⁵</p>
<p>IDENTIDAD DE PRETENSIONES</p>	<p>"a) La realización por parte del ente accionado, de todas las diligencias pertinentes para que en el plazo que considere este Honorable Despacho, se realicen los procedimientos que requiere mi persona. b) Se ordene al ente accionado la prestación del servicio en forma Integral en salud que requiero, sin condicionamientos económicos, como copagos o cualquier otro concepto, por cuanto carezco de las posibilidades de sufragar. c) con base en las consideraciones de hecho expuestas en el presente escrito, respetuosamente se ordene al ente accionado que sean ordenados los procedimientos quirúrgicos antes mencionados con el Dr. Carlos Velez Duncan (otólogo) y Dr. Gilberto Gómez (cirujano de cabeza y cuello), en las entidades donde estos prestan sus servicios quirúrgicos HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL EL CARIBE (HUC), ESTRIOS S.A.S, CLÍNICA MEDIHELP SERVICES, NUEVO HOSPITAL DE BOCAGRANDE."²⁶</p>	<p>"1. Que se sirva la distinguida y respetada juez, de ordenar la nueva EPS, hacer uso de su logística para que se realice todas las operaciones quirúrgicas, tratamientos médicos, sean conexos o derivados de la patología. 2. En caso de que la EPS mencionada no encuentre dentro de su logística con sus equipos, personal adecuado, de todas maneras, se ordene a la nueva EPS, que asuma los gastos y en consecuencia se ordene las contrataciones necesarias para que se pueda efectivamente materializar el derecho fundamental a la salud, y buscar lo necesario dentro de la red que tenga la nueva EPS para prestar la atención integral en coherencia al servicio necesitado para la operación de la lesionada. 3. Se de cobertura integral dentro de lo que se ostenta la juez, para que haya claridad y no haya limitantes en la inmediatez que requiere la lesionada con su derecho integral a la salud, para que de</p>

²⁵ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 01Tutela – Folio 3.

²⁶ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 08ExpedienteEnviadoJuzgado12 – 01Tutela, 01Demanda – Folio 4.

13001-33-33-001-2022-00285-01

		<i>manera efectiva pueda ser operada." 27</i>
--	--	---

Puesta así las cosas, encuentra esta Judicatura que tanto en la acción de tutela adelantada ante el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, como en la conocida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena:

- Hay una identidad de partes, toda vez que en ambos procesos concurrieron la señora María Alejandra Herazo Mendoza y Nueva EPS, como accionante y accionado respectivamente.
- Hay identidad de hechos, puesto que ambas se fundamentan en la no autorización y direccionamiento, en IPS y con profesional de la salud específicos, del servicio médico de cirugía para atención de tumor en la parótida derecha de su oído que padece la actora.
- Hay identidad de pretensiones, ya que en estas la accionante persigue el suministro de servicios médicos para la atención de su patología y, puntualmente, la realización de cirugía ordenada por su médico tratante. Además, se observa que en las dos acciones se plantean solicitudes en procura de la obtención del derecho a la libre escogencia de la Institución prestadora de servicios de salud para la práctica de su cirugía.

En ese orden de ideas, se encontraría demostrada la Cosa Juzgada.

Ahora bien, la accionante alega la existencia de un hecho novedoso frente al fallo proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena en fecha 26 de abril de 2022, consistente en la imposibilidad de ser ejecutado dicha sentencia porque la IPS autorizada en la providencia, para realizar la intervención quirúrgica no cuenta con médico especializado para tal fin y, de otra parte, en la ciudad de Cartagena de indias se encuentran especialistas necesarios para efectuar la operación, sin embargo, estas no cuentan con contrato con la Nueva EPS.

²⁷ Expediente Digital – 01PrimeralInstancia, 01Tutela – Folio 6.

13001-33-33-001-2022-00285-01

Nótese entonces que, en el caso de marras, no se configura el elemento de “novedad” que habilita al juez constitucional para que, a pesar de la posible existencia de la cosa juzgada, realice otra valoración al caso estudiado con un nuevo enfoque, pues desde la primera sentencia se estudió la viabilidad o no, de ordenar la práctica de la cirugía en las condiciones solicitadas por la accionante.

De ese modo, al quedar demostrado la configuración de la cosa juzgada sin el elemento de novedad invocado por la parte actora, se debe declarar la improcedencia de la presente acción constitucional. A la anterior conclusión se llega si se tiene presente que los fallos de tutelas cuentan con el incidente de desacato consagrado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 para ejecutar las ordenes impartidas en dichas sentencias.

Y en efecto, una vez revisado el expediente de la acción de tutela tramitada por Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, la Sala advierte que la existencia de tres incidentes de desacatos a las órdenes dadas en la sentencia de tutela de fecha 26 de abril de 2022, de los que en el último, abierto el día 05 de septiembre de 2022²⁸, versa sobre los mismos hechos y en el cual se declaró en desacato a la accionada, decisión que fue consultada con el superior, quien confirmó la totalidad del auto consultado mediante providencia del 3 de octubre del 2022²⁹.

Concordante con lo expuesto, si en la tutela proferida por el Juzgado 12 Administrativo de Cartagena se ordenó la intervención quirúrgica y dicha praxis no puede ser cumplida en la IPS que expresamente se transcribió³⁰ en el fallo de tutela, ese juez constitucional, puede hacer uso de la figura de la

²⁸ Expediente Digital – 01PrimerInstancia, 08ExpedienteEnviadoJuzgado12 – 04IncidenteDesacato3, 13ActaReparto.

²⁹ PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el auto consultado; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONMINAR a la Doctora MARTHA PEÑARANDA ZAMBRANO, en calidad de GERENTE REGIONAL DE LA NUEVA EPS o a quien haga sus veces, para que, de manera inmediata, le dé cabal cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de fecha 21 de enero de 2022. TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE por Secretaría, el expediente al Juzgado de Origen. Tribunal Administrativo de Bolívar, MP Dr. Luis Miguel Villalobos Álvarez

³⁰ (...) SEGUNDO: ORDENAR a la Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO, en calidad de Gerente Zonal Bolívar – NUEVA EPS, o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia que en el término de dos (02) días, programe la realización de los procedimientos relacionados en la autorización (POS-14966) P004-216745467 del 19 de marzo de 2022, esto es, RECONSTRUCCIÓN DE MEATO AUDITIVO VÍA ENDOSCÓPICA, TIMPANOPLASTIA CON REVISIÓN DE LA CADENA OSICULAR VÍA ENDOSCÓPICA, REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA MALAR, CON REDUCCIÓN PISO DE ORBITA INJERTO O FIJACIÓN INTE, MASTOIDECTOMÍA SIN PRESERVACIÓN DE LA PARED POSTERIOR VÍA ENDOSCÓPICA Y PAROTIDECTOMÍA TOTAL con destino a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. en la ciudad de Barranquilla (...)

13001-33-33-001-2022-00285-01

Modulación de los fallos de tutela³¹ a fin de ajustar el cumplimiento de este en el curso del incidente de desacato.

Finalmente, para la Sala aunque resulta claro que en el presente caso se configuró el fenómeno de la cosa juzgada, en atención al artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Magistratura descarta un actuar temerario por parte de la señora María Alejandra Herazo Mendoza, toda vez que para configurarse la temeridad, no solo se exige la presentación de varias acciones constitucionales por los mismos hechos, pretensiones y partes, sino que debe estar demostrado el dolo o mala fe del accionante en su interposición, situación que no se encuentra probada en el caso concreto, pues no se advierte un abuso del derecho ni una conducta desleal que permita estructurar la temeridad en el asunto, por lo que no se puede alegar configurada la misma³².

En suma, al ser evidente que la suscrita acción constitucional deriva en una "Cosa Juzgada Constitucional", se torna improcedente la misma, por lo que

³¹ Al respecto en auto 269 del 2021, la Honorable Corte Constitucional expresó respecto a este tema lo siguiente: (...) Para pronunciarse sobre esta petición de modulación, el juez de primera instancia debe tener en cuenta que, mientras la decisión de amparo del derecho fundamental es inmutable, las órdenes adoptadas para asegurar su protección pueden ser moduladas por él, en tanto juez competente respecto del cumplimiento, aún cuando dichas órdenes hayan sido proferidas por la Corte Constitucional.

10. No obstante, es importante subrayar que la modulación solo procede en forma excepcional y ante la necesidad de "modificar o alterar aspectos accidentales del remedio dispuesto para evitar que se siga violando o amenazando el derecho fundamental de una persona que ha reclamado su protección, siempre y cuando lo haga en aquellos casos en que sea necesario para asegurar el goce efectivo del derecho y dentro de los límites de sus facultades"

11. Si bien la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de modular el fallo cuando sea imposible cumplir con lo ordenado, también ha precisado que "se debe tratar de una verdadera imposibilidad, [pues] no cualquier dificultad para cumplir una obligación implica que esta deba ser tenida por imposible". Al respecto, cabe agregar que la imposibilidad no debe derivarse de las actuaciones o medios elegidos por los obligados a cumplir el fallo para alcanzar el objetivo fijado por la sentencia de tutela.

12. Ahora bien, si la imposibilidad se acredita debidamente, las modificaciones efectuadas por el juez de primera instancia deben seguir rigurosamente las siguientes reglas, formuladas en la sentencia T-086 de 2003 y reiteradas ulteriormente:

i) La facultad de modificación debe ejercerse con la finalidad precisa de lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

ii) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

iii) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.

³²En este sentido se puede consultar la sentencia de Corte Constitucional SU-012 de veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020). C.P: Dr. Esteban Restrepo Saldarriaga.

13001-33-33-001-2022-00285-01

se deberá confirmar la decisión proferida el día 13 de septiembre de 2022, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE la presente providencia al Juzgado de origen y **NOTIFÍQUESE** a las partes por el medio más expedito, **REALÍCENSE** las anotaciones de rigor en los aplicativos de la Rama Judicial.

TERCERO: REMÍTASE inmediatamente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sala Virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ