



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI SENTENCIA DE TUTELA No.114

Santiago de Cali, dos (02) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: HERNAN CADENA DELGADO en calidad de agente oficioso de ISABEL DELGADO DE CADENA

Accionado: E.P.S. COMFENALCO VALLE

Radicación: 008-2023-00114

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a resolver sobre la solicitud de amparo constitucional elevada por **HERNAN CADENA DELGADO, en calidad de agente oficioso de ISABEL DELGADO DE CADENA** contra **E.P.S. COMFENALCO VALLE**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de la vida en condiciones dignas en relación con la salud, la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Manifiesta el agente oficioso que, la agenciada es una persona mayor de 93 años de edad, que se encuentra afiliada a la EPS COMFENALCO VALLE en régimen contributivo como Cotizante y quien presenta como diagnóstico Enfermedad de Alzheimer con gran rigidez y postración severa, reduciendo progresiva y drásticamente su capacidad para realización de actividades diarias y es totalmente dependiente.

Que debido a el diagnóstico clínico, su médico tratante ordenó CUIDADOR DOMICILIARIO 24 horas de lunes a domingo (una cuidadora de día y otra de noche), prescripción que fue enviada desde el día 22 del mes de junio de 2.018 con pleno conocimiento de la entidad.

Agrega que en la actualidad no tiene la condición económica para cubrir el costo de la atención, toda vez que se encuentra recibiendo terapias de quimioterapia y no cuenta con la experiencia requerida en temas de salud para garantizar el cuidado que requiere su agenciada.

Expresa que mediante Sentencia de Tutela No. 192 de fecha 19 de Julio de 2.019 proferida por el JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI, en la cual el despacho resolvió reconocer el amparo constitucional a la agenciada, ORDENANDOLE a la accionada procediera a autorizar y restablecer el servicio de CUIDADOR DOMICILIARIO en la cantidad de horas y periodicidad, conforme a lo ordenado por la médico tratante, en aras de mejorar la calidad de vida, así como la salud en condiciones dignas de la mencionada e igualmente amparo integral con todo cuidado, suministro y demás como fue prescrito por el médico tratante.

Que el día 23 de marzo de 2.023 radicó derecho de petición bajo No. SOL230323101154807 a la entidad accionada solicitando que el comité médico valorará a la agenciada, con el fin de verificar la necesidad respecto de la AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DE ATENCIÓN POR ENFERMERÍA DE 12 A 24 HORAS TODOS LOS DÍAS INCLUYENDO LOS DOMINGOS, entidad que emitió respuesta el día 27 de marzo de 2.023.

Indica que, la accionada, está pasando por alto la orden ya impartida por un superior jerárquico, puesto que de manera parcial cumplió lo contenido en la Sentencia de Tutela No. 192 de fecha 19 de Julio de 2.019 proferida por el JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI, puesto que el médico tratante indico “CUIDADOR DOMICILIARIO 24 horas de lunes a domingo (una cuidadora de día y otra de noche), debido a las complicaciones ya descritas en un hecho antecesor.”

B. DERECHO VULNERADO Y PRETENSIONES

La parte actora reclama el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas en relación con la salud y la seguridad social pretendiendo que se ordene a **E.P.S. COMFENALCO VALLE**, AUTORIZAR y GESTIONAR el servicio de “CUIDADOR DOMICILIARIO” 24 horas de lunes a domingo (una cuidadora de día y otra de noche).

C. INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

C.1. E.P.S. COMFENALCO VALLE

Manifiesta que, el prestador de atención domiciliaria adjunta soportes de servicios prestados a la paciente, constatando consulta médica de control domiciliario el 14/04/2023, donde se describe que la paciente no presenta cambios con relación a control anterior, no ingresos al servicio de urgencias, no signos de alarma, ni sintomatología de urgencias.

Como orden médica indica continuar manejo en programa domiciliario, tiene orden de insumos vigentes hasta julio/2023.

Consigna en historia clínica que la familiar es la que solicita el aumento de horas de 12 a 24 horas, más no por indicación o pertinencia médica, no se indica orden médica para el aumento del servicio.

Agrega que realizó revaloración por parte de trabajo social, sobre las condiciones socioeconómicas de la paciente y la dinámica familiar, describiendo que la paciente tuvo 6 hijos, además tiene diferentes nietos mayores de edad, que están pendientes y apoyan el cuidado de la paciente.

Expone que la paciente cuenta con el servicio de cuidador externo por 12 horas de lunes a domingo y en las horas que no se encuentra el cuidador, la red familiar debe realizar el acompañamiento a la paciente en el cuidado, además indican que en la noche tienen contratada una persona de manera particular para cuidado en la noche.

Aduce que, la paciente cuenta con fallo de tutela que se ha realizado referencia para el servicio de cuidador, que actualmente se presta el servicio por 12 horas en jornada diurna de lunes a domingo, además que no hay pertinencia ni indicación del aumento de la frecuencia e intensidad horaria, ya que la red familiar también debe hacer parte del cuidado de la paciente, además indican que tiene contratada una persona que colabora en el cuidado de la paciente en la noche.

Finalmente manifiesta que, no observa vulneración de derechos ni negación de servicios, ya que como había indicado la paciente recibe el servicio de cuidador externo en la intensidad y frecuencia según pertinencia médica y recibe apoyo de persona particular pagada por la familia.

D. INTERVENCIÓN DE LA PARTES VINCULADAS

D.1. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Manifiesta que, no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, toda vez que, no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

Indica que, se opone a cada una de las pretensiones formuladas, considerando que, no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno. Toda vez, que dicha entidad fue creada a través del artículo 9º de la Ley 1444 de 2011, como un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, y a través del Decreto Ley 4107 de 2011 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra del Sector Administrativo de Salud y Protección Social”, en su artículo 1º se le asignó la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución y evaluación de la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud.

Alega que, la acción de tutela, en lo que respecta a esa entidad, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad, por cuanto no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por la accionante.

D.2. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES

Manifiesta la vinculada que, es función de la EPS, y no del ADRES, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

D.3. SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL

Indica que, verificó el estado de afiliación de la agenciada, en la base de datos del Ministerio de la Protección Social - ADRES, encontrándose en estado ACTIVO afiliada a COMFENALCO EPS, Régimen CONTRIBUTIVO.

Agrega que, es necesario que, a la agenciada, se le suministre atención en salud de manera completa para prevenir un daño, por parte de ASMET SALUD EPS SAS., en atención a lo indicado en la LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 (FEBRERO 16).

Expone que corresponde a COMFENALCO EPS, con su red de servicios contratada, garantizar la ATENCIÓN INTEGRAL en salud de la patología que presenta el usuario, toda vez que deben permitir la continuidad en la prestación del servicio de salud y la garantía de todo cuanto prescriba el médico tratante como parte del tratamiento integral, sin que se generen barreras de acceso.

Manifiesta que, no tiene ninguna responsabilidad en la autorización de servicios de salud, la EPS es la única responsable de autorizarlos, porque es la entidad que recibe los recursos del nivel nacional para la atención integral de sus afiliados.

Indica que, COMFENALCO EPS, con su red de servicios, deben garantizar de manera oportuna, efectiva y de alta calidad, los servicios de salud que demanda el paciente, ello por cuanto el contenido del derecho a la salud no está limitado o restringido a las prestaciones incluidas en los planes obligatorios, tal como lo ha señala la Corte en sentencia T -760 de 2008.

Por lo expuesto considera ser claro que dicha entidad, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la agenciada, entonces, corresponderá a COMFENALCO EPS la prestación de los servicios de salud en su totalidad, y atendiendo los principios y reglas que rigen la prestación de dicho servicio público y fundamental.

D.4. SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL

Manifiesta que, el estado de la agenciada es activa en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB COMFENALCO EPS S.A.S, que es responsabilidad de esta entidad, garantizarle en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, exámenes y tecnologías conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo.

Que, las competencias de los entes territoriales en salud se encuentran establecidas en la Ley 715 de 2001 adicionadas a partir del 01 DE ENERO DE 2020 EN LA LEY 1955 DE 2019 PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022, de manera que de acuerdo a estos lineamientos la vinculación de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA es accesoria, no vinculante, teniendo en cuenta que las pretensiones de esta acción se dirigen contra de la “EAPB”COMFENALCO S.A con ocasión a la falta de oportunidad en la prestación de los servicios de salud.

Agrega que las ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PLAN DE BENEFICIOS (EAPB) son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, siendo la SUPERSALUD el máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control de los agentes que intervienen en el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que debe propender por el estricto cumplimiento de los deberes y obligaciones legales, así como la efectiva aplicación del cuerpo normativo que regula el sector, a través de sus labores de auditoría preventiva y reactiva en investigación, vigilancia y Control.

Respecto al SERVICIO DE ENFERMERA, indica que el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Circular 022 de 2017 aclara la definición y el alcance de la figura de ‘cuidador’ en contraposición a los ‘servicios especiales de cuidado’ cubiertos en el Plan de Beneficio, esto con el fin de garantizar la debida atención de los pacientes que requieren de dichos servicios y velar por la sostenibilidad financiera del SGSSS. Por el incremento de solicitudes de recobro ante el Fosyga y de las reiteradas solicitudes de jueces de tutela que ordenan estos servicios, el Ministerio ve necesario aclarar la diferencia entre los dos: Servicios Especiales de cuidado: Dentro del Plan de Beneficio están incluidos los servicios especiales de cuidado y las atenciones preferentes y diferenciales agrupadas por ciclos vitales, estos ciclos incluyen los servicios de atención domiciliaria y atención paliativa.

La Norma es enfática en que estos servicios deben ser solicitados únicamente por el médico tratante, y de ninguna manera por la EPS, las familias, los despachos judiciales o el mismo ADRES.

Indica que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a dicha entidad, teniendo en cuenta que el domicilio del afectado es la ciudad de Cali, de manera que la competencia frente a la prestación de los servicios de salud a la población domiciliada bajo dicha jurisdicción ESTA A CARGO DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, toda vez que mediante la LEY 1933 DE 2018, se categorizó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS, lo cual le permite a la capital vallecaucana tener facultades, instrumentos y recursos para efecto de ser autónomos y de esta manera poder potencializar el desarrollo integral del territorio.

Pues es necesario que el Despacho tenga en cuenta que mediante la LEY 1933 DE 2018, se categorizó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS, lo cual le permite a la capital vallecaucana tener facultades, instrumentos y recursos para efecto de ser autónomos y de esta manera poder potencializar el desarrollo integral del territorio.

En razón a ello, El DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, en cumplimiento a lo dispuesto en el DECRETO 2459 DE 2015, Artículo 2 Numeral 2.1., presentó el Programa Territorial de Reorganización, Rediseño y modernización de las Redes de Empresas Sociales del Estado (E.S.E), ante El Ministerio de Salud y Protección Social, el cual fue aprobado a través de la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria, el día 29 de marzo de 2022, mediante el concepto que se adjunta, asumiendo el mencionado DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, la competencia de la prestación de los servicios de salud, como reza el Artículo 3º del Decreto en cita. Así las cosas, al ser reconocido EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL, este cuenta con autonomía administrativa, de acuerdo a las competencias establecidas para los Municipios y Departamentos, como se vislumbra en los artículos 43, 44 Y 45 DE LA LEY 715 DE 2001 Y EL NUMERAL 4º del DECRETO 2459 DE 2015, recibiendo como Distrito por parte de la Nación, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, los recursos del Sistema General de Participaciones para la financiación de los servicios a su cargo, en salud, educación y los definidos en el Artículo 7 de la Ley 715 de 2001.

En consecuencia, tras este proceso de acreditación otorgado por El Ministerio de Salud, la SECRETARÍA DE SALUD DISTRITAL DE SANTIAGO DE CALI cuenta con la capacidad

para que con autonomía y responsabilidad tenga el manejo administrativo de los recursos del régimen subsidiado, y el fortalecimiento de las instituciones de salud pública, de manera que la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, carece de competencia para la prestación de los servicios de salud para la población bajo la jurisdicción del DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI.

Con base a lo anteriormente expuesto, solicita se desvincule, al no existir una relación jurídica sustancial entre lo pretendido por la accionante y ésta vinculada, configurándose la EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, siendo de cargo exclusivo de la EPS COMFENALCO las pretensiones de manejo administrativo y económico.

D.5. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Habiéndose rebasado el término perentorio concedido, por ningún medio la entidad vinculada, se manifestó, es decir, el funcionario competente no emitió respuesta alguna respecto de los hechos y pretensiones de la accionante, no obstante, el requerimiento expreso del Juzgado contenido en la providencia y comunicada en fecha 19 de mayo de 2023, enviado a los correos electrónicos, snstutelas@supersalud.gov.co y snsnotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co.

D.6. JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI

Indica que, atendiendo la vinculación efectuada en el presente tramite anexa copia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro de la acción de tutela instaurada por Isabel Delgado de Cadena contra Comfenalco Valle EPS, radicada bajo el No. 2019-491.

D.7. IPS MEDICINA Y TERAPIAS DOMICILIARIAS

Habiéndose rebasado el término perentorio concedido, por ningún medio la entidad vinculada, se manifestó, es decir, el funcionario competente no emitió respuesta alguna respecto de los hechos y pretensiones de la accionante, no obstante, el requerimiento expreso del Juzgado contenido en la providencia y comunicada en fecha 19 de mayo de 2023, enviado a los correos electrónicos, pqrs@mtd.net.co y contacto@mtd.net.co.

III. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

En el presente caso, es competente el Juzgado para dictar sentencia de primer grado de conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 27 a 30 del Decreto 2591 de 1991.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver esta instancia se contrae en determinar si **E.P.S. COMFENALCO VALLE**, se encuentran vulnerando los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas en relación con la salud y la seguridad social de la señora **ISABEL DELGADO DE CADENA**.

C. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

a. Marco legal. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional es un mecanismo de carácter excepcional al cual pueden acudir todas las personas, frente a la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos específicamente señalados en la ley.

Es sujeto activo de dicha acción la persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales; sujeto pasivo la autoridad pública o el representante del órgano público que violó o amenazó el derecho fundamental, o los particulares cuando se encuentren en cualquiera de las situaciones que regulan el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

El *derecho a la vida*¹, derecho fundamental de mayor alcance, es inherente a la persona humana, lo que se pone de presente en el hecho de que sólo hay que existir para ser titular del mismo. Nuestra Constitución protege este derecho, protección que tiene lugar cuando su goce se ve afectado, y tal como viene consagrado es un derecho intangible que requiere de la protección tanto del Estado como de la sociedad. La protección del derecho a la vida implica por tanto, las condiciones de dignidad de la misma, la protección del derecho a la

¹ consagrado en el artículo 11 de la Constitución Nacional

integridad personal, a la salud tanto física como mental y al bienestar general, como partes esenciales de dicho derecho.

Son materia de protección constitucional, a través de la acción de tutela, los derechos fundamentales elevados a tal categoría por nuestra Carta Política; sin perjuicio de ello, la doctrina constitucional ha reconocido en ese mismo rango de fundamental el derecho a la salud².

Es así como el *derecho a la salud* es susceptible de amparo de tutela ya que tienen el carácter de fundamental de manera autónoma y por lo tanto debe ser garantizado a todos los seres humanos pues de otra forma se estaría lesionando de manera seria y directa la dignidad humana.

Por su parte, *la Seguridad Social*, es un servicio público a cargo del Estado, el que está llamado a garantizar no solo el acceso de los asociados a la prestación del servicio, sino la protección y recuperación de la salud de quienes acudan al mismo, por lo que le compete orientar políticas de control, coordinación y dirección, tendientes a lograr la eficacia, prontitud y continuidad en el servicio, para que el precepto mayor cumpla su objetivo, cual es, cubrir las contingencias que en salud puedan tener los asociados, que la prestación del servicio sea oportuno, permanente, eficaz y que permita la recuperación de la salud, así se desprende del contenido del artículo 49 de la Carta Política de Colombia.

b. Derecho a la salud. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha establecido que esta acción sólo 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. También fue copiosa la jurisprudencia, referida a que el derecho a la salud debía considerarse como fundamental por conexidad³, cuando en determinados casos, su protección recae directamente en otro derecho fundamental como la vida digna, procediendo a ordenar la práctica de tratamientos, en virtud de la primacía de la Constitución al amparar el citado derecho fundamental.

Posteriormente la misma Corte moduló sobre la salud como derecho fundamental de aplicación directa, manifestando en la sentencia T-540 de 2009:

² Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008.

³ Ver entre otras las sentencias la SU-180 de 1997 y T-1255 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-488 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

“En reiteradas ocasiones, durante los últimos años esta Corporación enfatizó la garantía por parte del Estado del derecho a la salud, en vista de las constantes situaciones y reclamos presentados respecto a su efectivo cumplimiento, puesto que en la gran mayoría de los casos los accionantes se vieron afectados a causa de la inobservancia por parte de las entidades prestadoras del servicio, en temas recurrentes como la negación de un medicamento o la realización de tratamientos. Recientemente, ésta Corte en la Sentencia T- 760-08⁴ se refirió, en forma general, a la necesidad de dar a los ciudadanos acceso preferente al servicio de salud, teniéndose éste como un derecho fundamental de aplicación directa, cuya protección no sólo se logra invocándolo como derecho conexo con el derecho fundamental a la vida digna (como se venía estableciendo anteriormente), sino estatuyendo que en ciertas circunstancias goza de un carácter “autónomo”. De dicha Sentencia, se destaca lo siguiente:

*“Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el **derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’**, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.⁵ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. **En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud**, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁶ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de*

⁴ T-760-08 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁶ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) *tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)*”. En este caso se

fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁷

En la misma Sentencia, se hace aclaración expresa de las vías por las cuales la Corte estableció que se protege el derecho a la salud, haciendo énfasis en su carácter de fundamental. Respecto de lo cual señala lo siguiente:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”

Así pues, la jurisprudencia constitucional superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud solo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otros derechos fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho fundamental ‘autónomo’.⁸ La Corte también consideró explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional.”

c. 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

tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

⁸ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

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.

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 señaló:

*“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 pretensiones y (iv) la ausencia de justificación razonable en la presentación de la nueva demanda 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”; (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 causa; 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”. (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 lugar.

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 esta Corporación 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.

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 derecho. 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”.

d. Cosa juzgada constitucional. En cuanto a esta figura jurídica, esta Corte ha 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.

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”

En este sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe identidad de objeto, de causa petendi y de partes. *“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”.*

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, 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 tutela. 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.

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 acción.

En relación con esta figura, la decisión de la Corte de no seleccionar una tutela para su revisión genera que la decisión adoptada por los jueces de instancia quede ejecutoriada formal y materialmente, operando así el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por lo anterior, reitera que “Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico”.

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 seleccionarlo.”

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

El precedente constitucional, aunado a las condiciones fácticas, pruebas que militan en el expediente, así como la oposición de la EPS accionada, serán los aspectos que sirven a la instancia para definir la presente petición de amparo.

De acuerdo con los hechos e información documentaria acopiada en el proceso, el accionante busca la obtención de orden judicial para la prestación del servicio de “CUIDADOR DOMICILIARIO” 24 horas de lunes a domingo (una cuidadora de día y otra de noche), para su agenciada madre, quien es adulta mayor con padecimientos descritos como Alzheimer, por las cuales considera que requiere de un cuidador 24 horas, ya que el estado de salud de dicha persona en la actualidad se ha complicado.

Adujo el agente que por lo anterior, acudió nuevamente a la acción de tutela, toda vez que la entidad accionada hace caso omiso a las órdenes dadas por la autoridad judicial mediante Sentencia de Tutela No. 192 de fecha 19 de Julio de 2.019 proferida por el JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI, por ende, considera que la conducta de la EPS es violatoria de los derechos fundamentales de la señora **DELGADO DE CADENA**.

Por otro lado, la defensa en representación de la entidad accionada alegó que el accionante había presentado acción de tutela por los mismos hechos, con las mismas pretensiones, siendo conocida por el *JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI*, autoridad que dicto

fallo favorable a la parte actora. Así entonces, solicita se declare la temeridad en la presente acción constitucional y se rechace la misma.

Teniendo en cuenta esta información que cabe aclarar, también informo desde un comienzo el propio accionante, el Despacho en su uso de la facultad oficiosa, tuvo acceso a la sentencia número 192 de fecha 19 de Julio de 2019 proferida por el JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI y el fallo de segunda instancia Np. T-99 de fecha 4 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, en la que se puede corroborar que efectivamente existe *identidad de partes, hechos y pretensiones* con la nueva solicitud radicada por el señor HERNAN CADENA DELGADO en mayo de 2023. Además, que subsisten las circunstancias en cuanto que los servicios demandados y en particular el de cuidador entrenado, no provienen de prescripciones del médico tratante adscrito a la EPS COMFENALCO VALLE, y por tanto de proceder en este evento la tutela, sería conforme al criterio jurisprudencial del *diagnóstico*, para ordenar la valoración del usuario por profesional adscrito a la red prestadora de la EPS, tema que ya fue reclamado, analizado y definido constitucionalmente, luego ante la persistente negación de la EPS, tiene a su alcance el actor el mecanismo constitucional del *incidente de desacato*, para que sea la autoridad competente emisora de la sentencia la pueda valorar sobre el presunto incumplimiento endilgado a la accionada.

Ahora, en esta ocasión, debe tenerse de presente que para la estructuración de la figura de la temeridad no basta que se configuren las situaciones en comento, ya que debe también analizarse sobre la mala fe, dolo del accionante y la falta de justificación razonable para la presentación de la nueva acción, sin embargo, en criterio de esta autoridad judicial, no se vislumbran con claridad tales elementos subjetivos, toda vez que se valora que aunque el mismo actúa y acude nuevamente a la jurisdicción constitucional por idénticos hechos, derechos y pretensiones, ello obedece a que se ha visto inmerso en un estado de indefensión, obrando de manera altruista y loable en defensa e interés de los derechos de la salud y vida digna de su madre, por tanto, también aplica en su favor el principio de la buena fe, consagrado constitucionalmente en el art.83 superior.

Por las anteriores razones no se evidencia mala fe o dolo en el solicitante, puesto que si bien, no resulta apropiada la actitud de presentar una nueva acción de tutela por los mismos hechos y derechos contra la entidad accionada; tampoco se descuida el desconocimiento que en general tienen los usuarios del común sobre los trámites de las acciones constitucionales, o para el caso particular la posibilidad de haberse hallado el actor incurso en una indebida asesoría, como también se exalta que la actuación del señor HERNAN CADENA DELGADO frente a esta acción ha sido transparente puesto que desde un

principio en los hechos anunció y acreditó la existencia de una acción anterior en pro de los derechos de su madre, por lo que no se aplicarán las consecuencias sancionatorias de la temeridad, ni compulsa copias por posible juramento en falso.

En conclusión y conforme lo indicado, se tiene como demostrada, la existencia de un pronunciamiento judicial con respecto a los hechos, derechos y pretensiones de esta acción de tutela, lo que impide hacer un nuevo pronunciamiento de fondo y en su lugar lo aplicable es el contenido del art.38 del Decreto 2591 de 1991, es decir, el rechazo o decisión desfavorable de la solicitud, conforme a la ley y la jurisprudencia.

V. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.*

VI. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela impetrada por el señor **HERNAN CADENA DELGADO** en interés de los derechos fundamentales de su madre, **ISABEL DELGADO DE CADENA** contra la entidad **E.P.S. COMFENALCO VALLE**, por las razones sentadas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR, que no hay lugar a la imposición de sanciones legales, ni a la compulsa de copias contra el accionante, por las razones vertidas en las consideraciones.

TERCERO: NOTIFICAR inmediatamente de este fallo a las partes, quienes podrán impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes, quien para ello deberá acreditar la fecha exacta en que fueron notificados. De no hacerlo, remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EL JUEZ,

CESAR AUGUSTO MORENO CANAVAL