



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE DEL CAUCA**

Sentencia n.º 0125

Palmira, Valle del Cauca, agosto veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	Jaime Tello Mena – C.C. Núm. 6.378.454
Accionado(s):	E.P.S. Servicio Occidental de Salud “S.O.S”
Radicado:	76-520-40-03-002-2023-00303-00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por el señor JAIME TELLO MENA, identificado con cédula de ciudadanía número 6.378.454, quien actúa con mediación de agente oficiosa, en contra E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD “S.O.S.”, por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, vida y dignidad humana.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Informa la agenciante que su esposo, JAIME TELLO MENA, se encuentra afiliado a E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD “S.O.S.”, con patología: *“SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR; ISQUEMIA CEREBRAL; DIABETES MELLITUS; HIPERTENSION ARTERIAL; HIPOTIROIDISMO; ENFERMEDAD RENAL Y CRÓNICA ESTADIO IIIB; ATEROMATOSIS CAROTIDIA; HIPERPLASIA PROSTÁTICA; ENFERMEDAD VASCULAR EN MIEMBROS INFERIORES ETC.”*, donde su galeno tratante hizo la recomendación que el servicio de cuidador, debería ser por 24 horas, en razón a las condiciones de salud del paciente y de la agenciante, quien padece *CIRROSIS HEPATICA*.

Igualmente, asegura que mediante un derecho de petición solicitó a la EPS, tal servicio. Empero, fue negado bajo el argumento que se encuentra excluido del PSB.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ordene a E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD “S.O.S.”, autorice el servicio de *“CUIDADOR 24 HORAS”*.

3. Trámite impartido.

El despacho mediante proveído 1859 de 9 de agosto de 2023, admitió a trámite el amparo constitucional, ordenando la vinculación de las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; FISIOREHABILITAR MEDISALUD; AIC ATENCIÓN INTEGRAL EN CASA SAS; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD - ADRES, y finalmente se dispuso la notificación del ente accionado y vinculados, para que previo traslado del escrito de tutela se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa en el término de tres (3) días, comunicándose por el medio más expedito.

Seguidamente, en auto 1936 de 17 de agosto de 2023, se requirió al JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE PEQUEÑAS CAUSAS, allegue la sentencia de tutela dentro del radicado 76520408900220220036200.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con la demanda las siguientes:

- Historia Clínica
- Respuesta derecho de petición 7 julio de 2023
- Partida de matrimonio
- Declaración extrajuicio – Notaria Primera Palmira- Valle

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

El abogado de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, De entrada da a conocer el marco normativo y jurisprudencia del caso en concreto, para establecer que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, para luego centrar su estudio en las funciones de las EPS, los mecanismos de financiación de la cobertura integral para el suministro de servicios y tecnologías de la salud, Resalta que, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha Entidad, recordando 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. Para finalizar diciendo debe negarse el amparo solicitado en lo que respecta a su representada, como también implora negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el asunto demuestran que, los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación.

La Jefe Asesora Jurídica de la Secretaria Departamental de Salud el Valle del Cauca, afirma que el señor JAIME TELLO MENA, se encuentra activo ante la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", quien deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, 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. Respecto del caso concreto: *"RESPECTO AL SERVICIO DE ENFERMERA, indicamos 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 Fosyga. CUIDADOR: El Ministerio aclara que la figura del cuidador no está incluida en el Plan de Beneficios, y se ampara en la Sentencia T-096 de 2016 de la Corte Constitucional en donde determinó que dentro de la atención domiciliaria no se incluye la figura del cuidador, dado que su carácter es asistencial y no está directamente relacionado con la garantía de la salud. Esta figura por lo general no la ejerce un profesional de la salud sino un familiar, amigo o persona cercana al paciente. Por eso "al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al SGSSS"; Solo en el caso excepcional que contempla el artículo 3 de la Resolución 5928 de 2016, en donde se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador ordenado por fallo de tutela a las EPS. Con base a lo anteriormente expuesto, solicito al señor*

Juez, que en su decisión DESVINCULE a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, ANTE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD IMPUTABLE A NUESTRO CARGO, al no existir de parte del ENTE TERRITORIAL violación alguna frente a los derechos a tutelar a favor de la accionante, siendo de cargo exclusivo de la "EAPB" SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S la prestación de los servicios de salud incluidos o excluidos del Plan de Beneficios en Salud y de la SUPERSALUD, las funciones de Inspección, Vigilancia y Control a las EAPB tanto dentro del Régimen Contributivo como en el Subsidiado".

La Representante Legal para Asuntos Judiciales de CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL, asegura, que la Entidad Administradora de Plan de Beneficios (EAPB) es EPS S.O.S, a quien le corresponde autorizar y gestionar la prestación de los servicios de salud con su red de IPS contratada dentro de los parámetros de la Ley. Solicita se desvincule a su representada del presente amparo por no se generador de vulneración de derechos fundamentales en el presente asunto.

La Secretaria Municipal de Salud de Palmira (V), asevera que, el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social, en la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.". Por lo tanto, le corresponde a dicha E.P.S., autorizar y gestionar la prestación de los servicios de salud con su red de IPS contratada dentro de los parámetros de la Ley. En virtud de ello, solicita su desvinculación de este trámite, ya que corresponde a las aseguradoras y prestadores, cumplir con los requerimientos del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad.

El apoderado de Servicio Occidental de Salud "S.O.S.", expone que el señor JAIME TELLO MENA, se encuentra activo ante la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", en el régimen contributivo en su calidad de beneficiario, frente al caso concreto aduce: *"Nos permitimos informar que la pretensión solicitada se encuentra concedida por medio del fallo de primera instancia emitido por el juzgado segundo de pequeñas causas y competencia múltiple de Palmira en sentencia de tutela n° 086, donde el Juez Constitucional ordena expresamente a la EPS servicio occidental de salud S.O.S, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice la valoración por el grupo médico respectivo a efectos de determinar si requiere del servicio de enfermería domiciliaria o de cuidador en las horas de la noche y en caso afirmativo uno o otro, los brinde efectivamente en la forma, intensidad horaria, periodicidad y calidad establecida por los galenos evaluadores...SEGUNDO: De acuerdo a la última valoración médica del equipo domiciliario el 21/05/2023 se considera servicio de cuidador 12 horas por 6 meses el cual es un servicio excluido del pbs que como se mencionó previamente se entrega netamente por orden jurídica, el cual se autorizó y actualmente se está prestando, se adjunta historia clínica y orden por 6 meses".*

La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de Salud y Protección Social, delantamente señala que el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. Además que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones. Seguidamente hace un recuento de la actuación surtida y la normatividad que se aplica al caso, para afirmar que existe falta de legitimación en la causa por lo que implora exonerar al Ministerio, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que como se explicó todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación, sin embargo, en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitamos se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

III. Consideraciones

a. Procedencia de la acción

Como condición previa es necesario examinar si se dan en el caso bajo estudio los presupuestos procesales para dictar el fallo.

Competencia

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los Decretos 2591 de 1991 y 333 de 2021, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

Legitimación de las partes:

En el presente caso, el señor JAIME TELLO MENA, presentó la acción de amparo en causa propia, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, razón por la cual se estima legitimado para actuar en el presente proceso (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

De otro lado, acción está dirigida en contra de la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", por lo que, al tratarse de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social, a la que presuntamente se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en su contra.

Inmediatez

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta "en todo momento y lugar". No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que *"La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros"*.

Este Despacho considera que el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho en el caso objeto de estudio, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un tiempo razonable y prudente.

Subsidiariedad:

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, 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"*. En desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*, agregando, además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso.

Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental. Para casos como el analizado, el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece un procedimiento especial ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin embargo, se observa que, en el

presente caso dicho procedimiento no resulta efectivo, en la medida que, se trata del estado de salud de una persona y la falta de oportunidad en la prestación del servicio, puede llegar a afectar incluso su vida, por lo que, en aras de garantizar la protección efectiva al derecho fundamental a la salud, la acción de tutela, es el mecanismo más idóneo.

b. Problema jurídico.

Corresponde a esta instancia determinar si: ¿La E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el señor JAIME TELLO MENA, al no autorizar el "servicio cuidador por 24 horas"?

c. Tesis del despacho

Considera este Juzgado que, en el presente asunto el requerimiento de la agenciante no cuenta con orden médica. No obstante, en aplicación de los principios de equidad y solidaridad - elementos del derecho a la salud-, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la *salud en su faceta diagnóstica*, a fin que sea un profesional en medicina el que dictamine la pertinencia de dicha solicitud y por ende se accederá a ella en atención a la jurisprudencia vigente.

Igualmente, se evidencia que no existe cosa juzgada respecto de fallo del JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL CON FUNCION DE PEQUEÑAS CAUSAS, de esta ciudad habida cuenta que las pretensiones son diferentes.

d. Fundamentos jurisprudenciales

Derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado. En principio, *"(...) se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución (...)"*.

Mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"(...) 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 (...)"* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁶, en su artículo 2º reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad. La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer.

Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Derecho al diagnóstico

El derecho al diagnóstico, como componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere. El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: *"(i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente".*

El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción. *"La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente. En atención a la importancia del concepto especializado en medicina, es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de fórmula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto. En este contexto, siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, la Sala considera que esta prerrogativa habría de protegerse en los casos concretos en los que sea aplicable, cuando se observe que se desconoce la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente. Incluso, tal amparo debe otorgarse indistintamente de la urgencia de su práctica, es decir, no simplemente frente al riesgo inminente que pueda sufrir la vida del paciente, sino además frente a patologías que no la comprometan directamente".*

El servicio de auxiliar de enfermería y los cuidadores¹

El servicio de auxiliar de enfermería no es asimilable al concepto de cuidador.² En efecto, la más grande diferencia entre tales figuras consiste en que el servicio de enfermería solo lo podría brindar una persona con conocimientos calificados en salud y, por el contrario, el cuidador es una persona que no requiere de una instrucción especializada en salud. Así las cosas, a continuación, se explican las características propias de cada uno de los mencionados conceptos.

En cuanto al servicio de auxiliar de *enfermería*, también denominado atención domiciliaria, se observa que: (i) constituyen un apoyo en la realización de algunos procedimientos calificados en salud;³ (ii) se encuentra definido en el artículo 8 numeral 6 de la Resolución 5857 de 2018,⁴ como la modalidad extramural de prestación de servicios de salud extra hospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Además, los artículos 26 y 65 de la Resolución 5857 de 2018 indican que el servicio de enfermería se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida; y (iii) este servicio se encuentra incluido en el PBS, con la modalidad de atención domiciliaria. Por tanto, si el médico tratante adscrito a la EPS ordena mediante prescripción médica el servicio de enfermería a un paciente, este deberá ser garantizado sin reparos por parte de la EPS.

¹ Sentencia T-260/20

² Ejemplo de ello son, entre otras, las Sentencias T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, AV. José Fernando Reyes Cuartas; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explicó las características de los cuidadores y el servicio de enfermería.

³ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁴ Por el cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Resolución vigente para la época de los hechos que actualmente fue modificada por la Resolución 3512 de 2019.

Con relación a los *cuidadores*, se destaca tres cuestiones básicas. (i) Son personas cuya función principal es ayudar en el cuidado del paciente en asuntos no relacionados con el restablecimiento de la salud, sino con la atención de las necesidades básicas.⁵ (ii) Esta figura es definida⁶ como aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las empresas promotoras de salud. Y (iii) se trata de un servicio que debe ser principalmente brindado por los miembros del núcleo familiar del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que se espera de los parientes de un enfermo. Sin embargo, la EPS, excepcionalmente, podría prestar el servicio de cuidadores con fundamento en un segundo nivel de solidaridad para con los enfermos, el cual le correspondería asumir en caso de que falle el mencionado primer nivel de solidaridad y de que exista concepto del médico tratante que lo avale.⁷

En efecto, y la Corte ha determinado que el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido, se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.⁸ Así, se tiene que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no se encuentra expresamente excluida en el listado previsto en la Resolución 244 de 2019,⁹ pero tampoco es reconocida en el PBS, Resolución 3512 de 2019. Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.¹⁰

Temeridad en la acción de tutela y la cosa juzgada constitucional.

La Constitución de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para brindar protección inmediata a los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. Además, el decreto 2591 de 1991, que reglamenta la referida acción, dispone que se trata de un procedimiento informal, donde el derecho sustancial debe primar sobre el procesal. Sin embargo, existen algunas reglas cuyo cumplimiento es necesario para obtener un amparo por esta vía.

Uno de los requisitos que debe acatarse es no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por ello, el artículo 37 del mencionado decreto 2591 establece que quien *"interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos."* Las consecuencias de la interposición de dos o más acciones de tutela con esas características han sido estudiadas ampliamente por la Corte Constitucional. Así pues, si no existe un motivo expresamente justificado para presentar la misma acción de tutela más de una vez, esta se considera temeraria, tal como lo dispone el artículo 38¹¹ del mencionado decreto.

⁵ Sentencia T- 471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶ Numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 "Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones".

⁷ Esta postura se encuentra ampliamente explicada en la Sentencia T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸ Al respecto, se encuentra, entre otras, las Sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁹ Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

¹⁰ Este tema también ha sido desarrollado, entre otras, en las sentencias T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, SPV Carlos Bernal Pulido, AV Diana Fajardo Rivera; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹¹ "Artículo 38. Actuación 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 (...)"

Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la Corte ha señalado que sus restricciones deben ser legítimas y excepcionales¹², razón por la cual, para que una acción de tutela sea temeraria debe existir un actuar doloso y de mala fe del accionante. En este orden de ideas, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos¹³: “(...) (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; e (iii) identidad de pretensiones¹⁴. Adicionalmente, debe verificarse que no exista un motivo expreso que permita justificar la multiplicidad de acciones, es decir, debe probarse una actuación de mala fe o un abuso del derecho a la administración de justicia por parte del accionante¹⁵. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad (...)”¹⁶.

De otra parte, existen también algunas reglas jurisprudenciales que el operador judicial debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria, esto es: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones¹⁷; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable¹⁸; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción¹⁹; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”²⁰. 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 indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”²²

Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria, pero debe declararse improcedente, toda vez que, al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate. La Corte²³ ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, esto tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional. Cabe señalar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de cosa juzgada constitucional, que ha sido definido por la Corporación Constitucional, en los siguientes términos: “La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.”²⁴ En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil²⁵, esta Corporación, en la sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser cosa juzgada frente a otra, cuando existe identidad de objeto²⁶, de causa petendi²⁷ y de partes²⁸. 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”²⁹.

12

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

13

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

14

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

15

Sentencia T-507 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre este punto, ver 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.

16

Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

17

Sentencia T-149 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

18

Sentencia T-308 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo

19

Sentencia T-443 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

20

Sentencia T-001 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

21

Sentencia T-721 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis

22

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

23

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

24

Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25

Hoy Código General del Proceso, artículo 303.

26

“es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

27

“es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.” Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

28

“es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.” Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

29

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

e. Caso concreto:

En el asunto bajo examen, se tiene que el señor JAIME TELLO MENA, de 83 años de edad, se encuentra afiliado a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", en el régimen contributivo en calidad de beneficiario y presenta un diagnóstico de "SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA COMO HEMORAGICA U OCLUSIVA"; según se evidencia de su historia clínica.

Delanteramente, es de aclarar que en la sentencia otorgada por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE PEQUEÑAS CAUSAS de 8 de agosto de 2022, en el radicado 76520408900220220036200, las pretensiones de la agenciante son disimiles, toda vez que, en aquella oportunidad, solicitó el servicio de enfermera y/o cuidador durante las horas de la noche, y en el presente amparo, requiere con necesidad el servicio de cuidador las 24 horas del día. De donde deviene que no existe identidad de hechos, ni pretensiones.

Igualmente, se debe reconocer, en principio, que el accionante es un sujeto de especial protección con relación a las personas pertenecientes a la tercera edad, donde el artículo 13 de la Constitución Política ha señalado que, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural de su organismo y consecuente con ello, al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez. Con base en estas circunstancias se observa que la entidad accionada ha impuesto indirectamente un obstáculo para que acceda la actora a los servicios médicos idóneos para tratar su patología, lo cual impide que una persona que afronta una enfermedad, pueda acceder a una mejoría en su calidad de vida, en atención con los debidos cuidados de prevención, atención y recuperación de su dolencia. Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional ha reseñado: "(...) La jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada, que dichas entidades únicamente pueden sustraerse de la aludida obligación cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando". La atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud' (...)".

Ahora, frente al pedimento, que hace su agenciante, respecto del "SERVICIO DE CUIDADOR 24 HORAS", se evidencia, no cuenta con una orden médica, pues de su historia clínica únicamente se constata una recomendación, que literalmente dice: "SE RECOMIENDA QUE EL CUIDADOR DEBE SER POR TIEMPO COMPLETO (24 HORAS) PACIENTE ACOMPAÑADO POR LA ESPOSA DE 66 AÑOS, QUIEN PADECE CIRROSIS HEPÁTICA"

Por lo anterior, es notorio la falta de pronunciamiento por parte del galeno tratante respecto de lo solicitado, aunado a ello, tampoco existe una justificación científica de la cual se infiera que se requiera tal pedimento con necesidad y no en consideraciones administrativas o financieras de la EPS o las subjetivas de la representante del paciente que reclama la atención. Así las cosas, y ante la ausencia de una prescripción médica, es imperioso determinar del acervo probatorio si la ayuda del cuidador, puede o no, ser asumida por su núcleo familiar a través de una nueva valoración médica del usuario y un trabajo social del núcleo familiar. En consecuencia, al no acreditarse los requisitos para demostrarse la imposibilidad material de asumir la responsabilidad solidaria como curador, no es posible ordenar a la EPS que supla tal servicio.

En este orden de ideas, si bien, no se demostró la existencia de una orden médica o verificación científica de la necesidad actual del servicio de cuidador y tampoco se acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder acceder, excepcionalmente, a la posibilidad de que el juez de tutela ordene a la EPS asumir

dicho servicio frente a la imposibilidad material de los parientes del paciente. Lo cierto es que, a juicio de esta judicatura y en atención de lo dispuesto por La Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU508 de 2020, se considera que, de momento, en el *sub lite*, no se cuenta con una verificación de actualidad y relevancia médica, lo que a todas luces, descarta que sea el juez constitucional, quien ordene tratamientos y/o prestaciones cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente. A pesar de esto, y en aplicación de los principios de equidad y solidaridad -elementos del derecho a la salud-, resulta procedente en este caso tutelar el derecho a la *salud en su faceta diagnóstica*, a fin de que sean los profesionales en medicina adscritos a la EPS accionada, quienes determinen su pertinencia.

Conforme con lo anterior, se ordenará a la EPS SOS, para que el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice, agende y practique cita de valoración con un galeno adscrito a dicha entidad y/o a quien se designe o contrate para ello, quien deberá determinar la pertinencia de la autorización del requerimiento "*CUIDADOR POR 24 HORAS DEL DIA*", servicio que sólo podrá ser negado si se evidencia que para las circunstancias actuales de salud del paciente y del trabajo social a su núcleo familiar, dicho pedimento resulta abiertamente innecesario para mejorar o mantener su condición de salud.

Finalmente, al no haberse observado vulneración alguna de derechos por parte de las entidades, SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; FISIOREHABILITAR MEDISALUD; AIC ATENCIÓN INTEGRAL EN CASA SAS; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES, se las desvinculará del presente trámite constitucional.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA -VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la *salud en su faceta diagnóstica* del señor JAIME TELLO MENA, identificado con cédula de ciudadanía número 6.378.454, en la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. SOS, a través de su representante legal y/o quien designen para el efecto, que en el término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, siguientes a la notificación de la presente decisión, autorice, agende y practique al señor JAIME TELLO MENA, identificado con cédula de ciudadanía número 6.378.454, cita de valoración con un médico adscrito a dicha entidad y/o a quien se designe o contrate para ello, quien deberá determinar la pertinencia de la autorización del requerimiento: "*CUIDADOR POR 24 HORAS AL DIA*", servicio que solo podrá ser negado si se evidencia que para las circunstancias actuales de salud del paciente y del trabajo socio-económico realizado por la EPS SOS, a su núcleo familiar, dicho pedimento resulta abiertamente innecesario para mejorar o mantener su condición de salud.

TERCERO: DESVINCÚLESE a las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; FISIOREHABILITAR MEDISALUD; AIC ATENCIÓN INTEGRAL EN CASA SAS; CHRISTUS SINERGIA – CLÍNICA PALMA REAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

QUINTO: Este fallo de tutela podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato como lo estipula el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser impugnado, se enviará de manera inmediata al Juez Civil del Circuito –Reparto- de esta ciudad. De no ser impugnada la decisión, **REMÍTANSE** estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZA

Firmado Por:
Erika Yomar Medina Mera
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 193f191d07da8319e327eff222c853b47d6d2145773fdce8d02c3eef46b44446

Documento generado en 22/08/2023 07:08:53 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>