



San Gil, Diecinueve (19) de Octubre de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 042 Radicado 2022-00048-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por el señor ALBERTO DÍAZ CARVAJAL, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91'244.846 expedida en Bucaramanga, agenciante del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA Pelayo, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 13'801.830 expedida en Bucaramanga, en contra de la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS.

I. ANTECEDENTES

El precitado ciudadano, agenciante del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA Pelayo, promovió acción de tutela en contra de la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS, en aras de la protección del Derecho Fundamental a la Vida, Salud y Dignidad Humana, con base en los siguientes:

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado, se contrae a lo siguiente:

Afirma el inicialista que su agenciado ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA Pelayo, en la actualidad se encuentra afiliado a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUMIMEDICAL S.A.S., bajo un régimen especial, es una persona de 78 años de edad y tal como reposa en su historia clínica, sufre de ALZHEIMER, deteriorando su capacidad cognitiva al punto de “no controla esfínteres”, y además registra la anotación de que se torna irritable y con tendencia a la agresividad especialmente con su esposa, motivo por el cual ella, quien también es una mujer de avanzada edad, no puede estar pendiente de sus necesidades.

Asegura que el agenciado ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA Pelayo, por sus condiciones requiere de cuidados y asistencia especial, pero no obstante que la IPS TCUIDAMOS registra dicha situación en la historia clínica, omite ordenar cuidador a su favor, escudándose en la resolución 5928 de 2018, la cual en su encabezado esboza: “Por la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador ordenado por fallo de tutela a las entidades recobrantes, como un servicio excepcional financiado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Narra que, conforme a lo anterior, imponen a las personas tener que accionar el aparato judicial para que sea ordenado el CUIDADOR, sin importar que la demora, como los trámites que se requieren, ponen en riesgo la vida del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA Pelayo, pues tal como reposa en la historia clínica, “requiere asistencia en sus actividades básicas de la vida diaria”.

Asevera que, el señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA Pelayo, es un sujeto de especial protección al ser un adulto mayor, para el cual, la Constitución Política impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan.

Manifiesta bajo la gravedad de juramento que, ni él ni los familiares del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA Pelayo, tienen los medios económicos para sufragar los gastos ocasionados a raíz de su enfermedad, causando un grave deterioro en su salud y en su calidad de vida.



Aporta como probatoria, los siguientes documentos digitalizados:

- Copia de la historia clínica del servicio médico recibido por el agenciado en la IPS TCUIDAMOS, de fecha 09/09/2022
- Copia de la historia clínica de la teleconsulta realizada al agenciado por el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS, de fecha 16 de septiembre de 2022.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por el accionante es que se tutelen los Derechos Fundamentales a la Vida, Salud y Dignidad Humana de su agenciado ENRIQUE DE JESÚA DÁVILA PELAYO, y que se ordene en consecuencia a la accionada que le otorgue cita médica para que en ella se ordene el SERVICIO DE CUIDADOR a favor del paciente antes mencionado, y adicionalmente se suministre la atención médica integral.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto según acta N° 5183, este Despacho mediante auto del 05 de octubre de 2022 admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a las accionadas, a fin de que se hiciera pronunciamiento y ejercieran su derecho constitucional de defensa y contradicción. En el mismo proveído se ordenó vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

En la misma proyección, dado que el accionante solicitó como medida cautelar que se le ordenara “(...) a los gerentes de LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUMIMEDICAL S.A.S y LAS I.P.S. TCUIDAMOS I.P.S., Y EL CENTRO MEDICO SINAPSIS I.P.S., que en un término no superior a 48 horas se ordene cita médica para que en ella se dé la orden de cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA PELAYO, con el fin de salvaguardar el derecho a la vida, la salud, a la Seguridad Social, a la Igualdad y a la Dignidad Humana”; en tal sentido el Despacho en virtud del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, se abstuvo de dar tal orden en razón a que no se avistaba la necesidad y urgencia de su decreto por el momento, conforme a las sumarias aportadas, dado que la misma solicitud de la medida estaba contenida en el numeral SEGUNDO de las pretensiones de la acción de amparo; lo anterior independiente de que posteriormente, dadas las circunstancias pudiera contemplarse el ordenarla.

Con posterioridad, dada la respuesta ofrecida por las accionadas IPS SUMIMEDICAL S.A.S. y la I.P.S. TCUIDAMOS S.A.S., en procura de un mejor proveer, se profirió auto de fecha 12 de octubre hogaño, mediante el cual se requirió al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, para que allegara copia de la demanda obrante dentro de la acción de tutela Rdo. N° 68-679-40-89-003-2022-00088-00, y en caso de estarse adelantando algún trámite incidental dentro del mismo caso, remitiera copia tanto de la solicitud incidental como de los proveídos que se hubieran proferido al interior del mismo, si los hubiere.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA y VINCULADA

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

Mediante correo electrónico del 06 de octubre de 2022, a través del señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, obrando como apoderado conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la ADRES, expone el marco normativo sobre



el cual desarrolla su actividad dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017 y que partir del (01) de agosto del año 2017 entró en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

A su vez expone que como consecuencia de la entrada en operación de ADRES y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, se suprimió el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y con éste la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social.

Seguidamente, hace referencia sobre aspectos jurisprudenciales en torno a los derechos a la salud, seguridad social, vida y dignidad humana presuntamente vulnerados, y ahonda sobre las funciones de las entidades promotoras de salud-E.P.S., de la reglamentación legal sobre coberturas de procedimientos, servicios y medicamentos, y hace un extenso relato sobre las nuevas disposiciones contenidas en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, emanada del Ministerio de Salud y protección social, donde estableció el presupuesto máximo para la subvención de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS, de los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, y a su vez, se definieron los servicios y tecnologías en salud financiadas y NO financiadas, con cargo a dicho presupuesto máximo, al igual que las Exclusiones en salud.

Frente al caso en concreto manifiesta que procedió a verificar el estado de afiliación del agenciado, determinando que es reportado por parte del FONDO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES, dentro del régimen contributivo, en estado ACTIVO desde el 01 de enero de 1998, y además aduce que es función de la E.P.S., y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – 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 esa entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la misma, recordando que las E.P.S. 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 E.P.S..

De otra parte, expresa que, respecto de cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capacitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Por lo anterior, la nueva normativa fijó la metodología y los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo



absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Lo anterior significa que ADRES ya GIRÓ a las EPS, incluida la accionada, los recursos del presupuesto máximo para el suministro de los servicios no cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud. En consecuencia, en atención del principio de legalidad en el gasto público, el Juez debe abstenerse de pronunciarse sobre la facultad de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, ya que la normatividad vigente acabó con dicha facultad y de concederse vía tutela, estaría generando un doble desembolso a las EPS por el mismo concepto.

Por todo lo anterior, cierra su intervención solicitando que se niegue el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional. Igualmente, solicita NEGAR la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, y MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Anexó como soporte el poder especial para actuar.

I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S.

Remitió su respuesta mediante correo electrónico del 10 de octubre de 2022, a través del señor JORGE LUIS ROCHA PATERNINA, obrando en nombre y Representación legal de dicha IPS, manifestando inicialmente que a partir del día 30 de septiembre de 2020 y en virtud de la adjudicación realizada por EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, del contrato de prestación de servicios de salud (PBS-PAC-PYM) N°351 DE 2020, SUMIMEDICAL S.A.S garantiza la prestación de los servicios médico asistenciales a la población adscrita conforme al contrato citado en la regional Antioquia-Santander, sin que ello signifique que SUMIMEDICAL S.A.S disponga de calidad de EPS, pues esta ejecuta el contrato precitado en calidad de IPS.

Esgrime en su defensa, como excepción previa, que el usuario interpuso acción de tutela por los mismos hechos, el 24 de marzo de 2022, con Rdo. 2022-00088 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil (S.), autoridad que emitió fallo de primera instancia el 08 de abril de 2022, concediéndole el amparo deprecado, el cual fue impugnado y tramitado en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil, confirmando lo decidido por el *a quo*, transcribiendo los apartes de la resolutive correspondientes a las precitadas sentencias.

Afirma que la acción de tutela antes mencionada, se falló tanto en primera como en segunda instancia, tutelando el derecho al DIAGNÓSTICO y eventual prestación del servicio de cuidador/auxiliar de enfermería DE SER PRESCRITO POR GALENO TRATANTE, transcribiendo el numeral que así lo ordenó, el cual refiere:

“TERCERO: ORDENAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES que en el término de siete (07) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA



*PELAYO, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, **establezca si el servicio de cuidador efectivamente debe ser proporcionado al señor DAVILA PELAYO** de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. **De esta forma, si el galeno encuentra que el señor DAVILA PELAYO en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico. (...)*** (Negrilla propia del texto original)

A renglón seguido informa que tales valoraciones fueron adelantadas en cumplimiento del fallo, siendo informado el 29 de abril de 2022 a las 10:23, de la siguiente forma:

“...Así las cosas, el accionado informa al despacho que, referente al suministro de los pañales, estos fueron entregados en el domicilio del usuario en la dirección Calle 29B #13-80 barrio La Libertad, y recibidos el 25 de abril de 2022. Se anexa soporte de entrega.

Referente a la valoración del paciente por los tratantes, a fin de definir dos asuntos, estos son:

- 1. El número de pañales desechables que requiere, así como las características que éstos deben cumplir.*
- 2. Establezca si el servicio de cuidador efectivamente debe ser proporcionado al señor DAVILA PELAYO de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden.*

Esta valoración se llevó a cabo el 19 de abril de 2022, por el profesional médico Dr. Julio Cesar Mendoza Hernández, quien determinó:

- 1. Referente a los pañales: “pañal desechable Talla L, para cambios cada 8 horas”*
 - 2. Referente a la auxiliar de enfermería: “dado no cumplir con criterio para cuidado por enfermería al no ser usuario de gastrostomía, traqueostomía.” (sic)*
- Así las cosas, no se ordena la auxiliar de enfermería por parte del galeno tratante...”*

Advierte que, a pesar de ello, el señor ALBERTO DÍAZ CARVAJAL, solicitó apertura de incidente de desacato ante el despacho de instancia, refiriendo incumplimiento por la no asignación del cuidador, y aduce que, a la fecha actual, no se ha informado por parte del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, la apertura formal o archivo del incidente propuesto por la parte actora.

Por lo anterior asegura que: *“(...) lo que busca el señor ALBERTO DÍAZ CARVAJAL, agente oficioso del señor Dávila Pelayo, es que la judicatura retome un debate ya cerrado, este es, el debate sobre el cuidador, perdiendo de vista que el mismo ya fue resuelto y por lo tanto hizo tránsito a **cosa juzgada constitucional**, pues se **comparte, los mismos hechos materiales** (No se aporta ningún hecho nuevo, más allá de que en la tutela actual no refieren la necesidad de pañales pues en virtud del fallo 2022-00088 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil – Santander se están entregando cumplidamente y de referir ahora que a pesar de las insistencias, que rayan con la fuerza al equipo de salud, no han conseguido que ningún galeno tratante ordene un servicio, que como ya fue dicho recae en cabeza de la familia), **las mismas razones jurídicas** (se invoca nuevamente la protección del derecho a la salud) y **las mismas partes**, lo que pretende la parte actora es reabrir un debate ya clausurado y fallado, no solo en primera sino en segunda instancia y aun en incidente de desacato propuesto por ellos mismos, el cual en su oportunidad denegó la pretensión elevada al petente (cuidador), no es dable entonces que se pretenda reabrir un debate sobre lo ya fallado y más aún, sin que exista ningún ordenamiento de CUIDADOR por parte de galeno tratante.*

Además de lo anterior, buscando brindar el acompañamiento integral a los pacientes y familiares y entendiendo que estos por falta de conocimientos jurídicos y en el afán de lograr una pretensión se comportan de una manera temeraria, como la actual, en la cual



pretenden de manera soslayada desconocer el juramento realizado con la interposición de la acción de tutela, y este es, como lo dice el demandante en la propia tutela actual presentada a su honorable despacho:

“Declaro bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto otra acción de tutela por estos mismos hechos y contra esta entidad”.

Sin embargo, no es esta su situación, pues en llamada del día 07 de octubre de 2022 a las 10:15 am al agente oficioso Sr. ALBERTO DIAZ CARVAJAL al abonado 3008275617 se le pregunta si este entiende que ya existe un fallo que entregó inclusive tratamiento integral, que han abierto incidentes y que el fallo se encuentra ejecutoriado y por lo tanto clausurado y que volver a interponer las acciones de tutela por los mismos hechos y a la misma entidad podría interpretarse como una actitud temeraria y este responde, se parafrasea: “que lo entiende pero que su abogado le ha asesorado interponer nuevamente la tutela”, dejando esto en claro se termina la llamada, Por lo cual se solicitará al despacho declarar la improcedencia de la pretensión, en virtud de la existencia actual de un fallo y del cumplimiento de este. (...)”

Recalca que esa entidad actúa como en desarrollo de un contrato que tiene por objeto la prestación de servicios de salud al agenciado, y no como asegurador (EPS), cuya función recae en el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para el caso concreto.

Continúa su narrativa aduciendo que en lo referente a la solicitud de “Ordenar a LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUMIMEDICAL S.A.S y LAS IPS TCUIDAMOS IPS, Y EL CENTRO MEDICO SINAPSIS IPS., a que le otorgue cita médica para que en esta se ordene cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA PELAYO, requeridos en atención a la situación de salud y a su historia clínica”, existe abultada jurisprudencia constitucional que determina que los servicios de salud, sólo pueden ser ordenados por galenos tratantes y habilitados para tal fin, citando como ejemplo un aparte de la sentencia T-508 de 2019, donde se expresan tales condiciones y adicionalmente la carencia de conocimiento médico científico de los jueces para prescribirlos, aspecto que menos aún lo pueden hacer los usuarios, y por lo tanto no es dable como lo ha querido el paciente, FORZAR al equipo de salud a emitir direccionamientos médicos o prescribir servicios, más allá de lo que estos últimos estimen procedentes y en tal sentido se considera como no llamada a prosperar la pretensión de que el despacho ORDENE A LOS PROFESIONALES DE SALUD, MEDICOS Y OTROS PROFESIONALES SOBRE QUÉ PRESCRIBIR, pues el juez no es llamado a tales intervenciones, en virtud de lo ya dicho, sino que, debe garantizar el derecho a la salud, desde el ámbito de la atención integral, y en tal sentido los profesionales de la salud, son libres de decidir las intervenciones a realizar, sin presiones institucionales, familiares y ni siquiera judiciales.

Indica algunos aspectos relacionados con la diferencia existente entre el servicio de ENFERMERÍA DOMICILIARIA y el de CUIDADOR PRIMARIO, figuras que constantemente son confundidas por los pacientes y sus familiares, aduciendo que el primero debe ser prestado por personal técnico formado para la labor y tiene un componente técnico asistencial importante, pues busca mantener o restablecer la salud del paciente por las intervenciones que se realizan. **EL SERVICIO DE AUXILIAR DE ENFERMERIA SIEMPRE DEBE SER ORDENADO POR MEDICO TRATANTE**, mientras que el segundo se presta por sujetos no profesionales en el área de la salud que generalmente resultan ser familiares, pues su principal objetivo es el de facilitar la existencia de quienes por sus condiciones médicas hayan visto disminuida su autonomía física y emocional sin importar si tienen o no conceptos favorables de recuperación, **ES UN CUIDADO QUE PUEDE SER PRESTADO POR CUALQUIER MIEMBRO DEL ENTORNO CERCANO DEL PACIENTE**, por lo tanto **y de acuerdo a la normatividad legal y a la jurisprudencia, el cuidador primario (domiciliario) es una prestación excluida del sistema de salud, que no responde a criterios médicos, sino de SOLIDARIDAD¹ y POR ENDE EN RECAE EN CABEZA DE**

¹ Sentencia T-154 DE 2014. MP: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ



LOS FAMILIARES Y RED DE APOYO DEL PACIENTE, esto conforme a lo expresado por la Honorable Corte Constitucional². (Énfasis propio del texto original),

Afirma que, con relación al auxiliar de enfermería, el 19 de abril de 2022 se realizó la intervención para determinar si el paciente requería AUXILIAR DE ENFERMERIA, oportunidad en la cual se determinó que NO, esto por mandato expreso del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, en fallo de tutela Radicado 2022-00088, y relata que frente a la pretensión de tratamiento integral deprecada, la misma fue otorgada en el fallo y por el Juzgado anteriormente mencionado, y fue refrendado en fallo de segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil, y que tanto el usuario como su agente oficioso conocen las facultades que éste les brinda, tanto así que ya han iniciado los trámites incidentales cuando lo han considerado pertinente, no estimando necesario un nuevo fallo que proteja aquello sobre lo cual la judicatura ya se ha pronunciado, sin que existiera queja del accionante, pues en la presente acción de tutela su única pretensión específica es el otorgamiento del cuidador primario, que ya le fue negado y que busca el accionante a riesgo de comportarse de manera temeraria.

Remata su misiva solicitando que se declare la improcedencia de la acción, toda vez que los derechos reclamados se encuentran fallados en tutela previa y en su respectivo cumplimiento, y en caso de no declararlo así, se niegue el mecanismo de tutela a la salud, ya que no se han vulnerado tales derechos por parte de SUMIMEDICAL S.A.S. En el evento en que el Fallo sea condenatorio para esa entidad, sea autorizado efectuar el recobro de los costos que se generen por la entrega de insumos y servicios excluidos del PBS, al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Por último, solicita que se desvincule a dicha IPS de la presente acción de tutela.

Como probatoria aportó los siguientes documentos en formato digital:

- Copia de la historia clínica de medicina general atención domiciliaria, de fecha 12/04/2022, expedida por TCUIDAMOS IPS.
- Copia de la respuesta de fecha 29 de marzo de 2022, emitida con destino a la tutela Rdo.2022-00088 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil.
- Copia del fallo de primera instancia de fecha 04 de abril de 2022, proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, dentro de la tutela Rdo. N° 2022-00088-00.
- Copia del memorial de fecha 29 de abril de 2022, informe de cumplimiento del fallo, dirigido al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil.
- Copia del fallo de Segunda Instancia de fecha 14 de junio de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil.
- Copia del memorial calendado el 26 de julio de 2022, contestación al requerimiento previo a incidente de desacato dentro del Rdo. N° 2022-00088-00, del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil.

I.P.S. TCUIDAMOS S.A.S.

Intervino activamente en el contradictorio, mediante correo electrónico de fecha 11 de octubre de 2022, por intermedio de la señora SANDRA JOHANNA SARMIENTO MONSALVE, obrando en calidad de Representante legal de dicha IPS, de entrada solicita que se desvincule a dicha entidad de la presente acción constitucional, aduciendo que no le asiste legitimación por pasiva, en tanto que no es la encargada de autorizar el suministro de servicios de salud y complementarios a los afiliados, sino la EPS, asegurando que hasta el momento han cumplido con el deber de prestación del servicio médico de forma integral, oportuna y teniendo en cuenta las necesidades del paciente de acuerdo a su diagnóstico y evolución.

De la misma manera que la IPS SUMIMEDICAL S.A.S., también informa sobre la existencia del trámite tutelar surtido en el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, aduciendo que el accionante bajo la gravedad de juramento en la presente acción, afirma

² Ibid



que NO ha interpuesto otra acción de tutela por estos mismos hechos y contra esta entidad; cuando en efecto, existe un fallo de tutela bajo el radicado 2022- 00088 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil-Santander, invocando la protección del derecho a la salud, por las mismas razones jurídicas y hacia las mismas partes, pretendiendo volver sobre un acción que 2 negó en su oportunidad; en primera y segunda instancia, así como en desacato, la pretensión de cuidador; dejando de lado que dicho tema ya tiene efecto de cosa juzgada constitucional y no se evidencia ningún hecho nuevo, y para tal efecto refiere algunos apartes de la providencia emitida por dicha autoridad judicial.

Esgrime en su defensa que tal como lo relaciona el accionante en el acápite de pruebas, la historia clínica adjunta tiene como fecha de consulta 9 de septiembre de 2022; donde se evidencia que la IPS TCUIDAMOS ha prestado de forma integral y oportuna el servicio autorizado por la EPS en virtud del contrato de prestación de servicios médicos asistenciales No. FPS 273, suscrito entre SUMIMEDICAL S.A.S Y TCUIDAMOS S.A.S. Dicho esto, y en una errónea interpretación de la recomendación médica consignada en la historia clínica; pretende el accionante por este medio, que se le otorgue cuidador al paciente bajo la premisa de dolores lumbares cuando no se aporta prueba sumaria alguna de tales condiciones y no se evidencia soporte alguno de la carencia de medios económicos para asumir los gastos en los que incurren el paciente y núcleo familia. En otras palabras, se pretende delegar el deber de cuidado del paciente que recae en el núcleo familiar, a la IPS.

Respecto al acaso en concreto, asevera que en la historia clínica aportada de fecha 9 de septiembre de 2022: el médico Julio Cesar Mendoza Hernández; en su visita, diagnóstico y recomendaciones menciona: *“Paciente Incapacitado, requiere cuidados y asistencia especial. Que precisa del cuidado de terceros para sus actividades básicas que por principio de solidaridad establecido en la resolución 5928 de 2016 debe ser asumido por parte del núcleo familiar. Se aclara no es pertinencia médica determinar la asignación de un cuidador ni evaluación de la capacidad física y mental de familiares para llevar a cabo las funciones de cuidado básico, tampoco son competencias médicas determinar la capacidad financiera de familiares para costear el cuidado de su familiar a quien corresponde por principio de solidaridad, ni evaluación del entorno social, igual que núcleo familiar responsable”*. Resultado de esto, se hace hincapié tanto por el galeno como por la institución que dicho cuidados y asistencia se encuentra en cabeza de su núcleo familiar y por su diagnóstico y al no requerirse experticia o manejo técnico especializado para su cuidado no se ordena tal por el médico tratante y ACLARA que su cuidado corresponde en un principio a SU NUCLEO FAMILIAR.

Referente a la solicitud de “Ordenar a LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SUMIMEDICAL S.A.S y LAS IPS TCUIDAMOS IPS, Y EL CENTRO MEDICO SINAPSIS IPS., a que le otorgue cita médica para que en esta se ordene cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA PELAYO, requeridos en atención a la situación de salud y a su historia clínica” precisa que, existe abultada jurisprudencia constitucional que determina que los servicios de salud, solo pueden ser ordenadas por galenos tratantes y habilitados para tal fin, citando para el efecto lo establecido por la Honorable Corte Constitucional de Colombia en sentencias como la T 015 DE 2021.

Afirma que, en gracia de lo anterior, no se cumplen ni se allegan sumariamente a la presente acción, los postulados constitucionales que permitan demostrar al juez de tutela ni a las entidades accionadas, la imposibilidad de ejercer el cuidado por parte del núcleo familiar al paciente; así como tampoco existe orden proferida por el profesional de la salud o médico tratante.

Por lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción, por cuanto los derechos deprecados se encuentran fallados en tutela previa y en su respectivo cumplimiento, y que se desvincule a dicha entidad del presente trámite constitucional, toda vez que no le asiste el deber u obligación legal a esa IPS por los derechos invocados.

Como soporte de lo dicho, aporta como prueba los siguientes documentos en formato digital:



- Contrato suscrito con SUMIMEDICAL E.P.S.
- Copia del Fallo de primera instancia proferido dentro del Rdo. 2022-088-00 del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil (Santander)
- Copia del Fallo de Segunda Instancia emitido en el Rdo. 2022-088-01 del Juzgado Segundo Civil Del Circuito San Gil (Santander).

CENTRO MÉDICO SINAPSIS I.P.S.

A pesar de haber sido notificado mediante oficio N° 0609 del 05 de octubre de 2022, que fue remitido por correo electrónico en la misma data, a la fecha no se manifestó al respecto.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“...En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos



constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

Existe legitimación por activa del señor ALBERTO DÍAZ CARVAJAL, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91.244.846 expedida en Bucaramanga, agenciante del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 13.801.830, al interponer acción de tutela en contra de las Entidades I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS. por la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales a la Salud y otros de su agenciado, cumpliéndose con los presupuestos que la Honorable Corte Constitucional ha determinado para admitir la procedencia de la tutela en interés del tercero.

De igual manera, la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS., están legitimadas por pasiva en la medida en que se les atribuye la supuesta vulneración de los Derechos Fundamentales del representado.

En aras de integrar debidamente el contradictorio, se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, entidad jurídica de derecho público con capacidad para comparecer al trámite de Amparo.

D. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer si la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS., conculcaron o no las prerrogativas fundamentales del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, por el hecho de no haber ordenado, autorizado y agendado la cita médica que determine la necesidad de cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 13'801.830, y si es procedente mediante acción de tutela el resguardo deprecado, pese a que ya existe un fallo que protegió los Derechos Fundamentales del agenciado.

E. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

Para dilucidar el quid del asunto, conviene traer a colación aspectos de orden constitucional en relación con los derechos invocados por la tutelante y donde la Corte Constitucional abordando el estudio de los elementos en torno a la naturaleza del Derecho a la Salud, en la Sentencia T-171 de 2018³, expuso:

“(…) 3. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de

³ Corte Constitucional, Sentencia T-171 del 07 de mayo de 2018, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger



Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución.

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo⁴

3.1.1 *La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho⁵–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).⁶*

3.1.2. *Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación, se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.*

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. *Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su “conexidad” con el derecho fundamental a la vida.*

3.1.4. *Es decir, según el criterio de “conexidad”, bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales.⁷*

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

3.1.5. *Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:*

⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la salud, sin embargo, algunas de las sentencias más relevante en torno al proceso de construcción de la salud como servicio público y derecho fundamental son: T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón; T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-227 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-053 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-120 de 2009, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; entre otras.

⁵ Tanto la jurisprudencia como la doctrina y la filosofía jurídica coinciden en considerar que el reconocimiento de la salud como un derecho parte del convencimiento de que el ser humano no puede existir dignamente y no puede realizar sus funciones vitales si carece de salud: “El ser disminuido en sus facultades solo puede ejercer sus funciones imperfectamente. A partir de allí el derecho a la vida se amplía e incorpora una serie de derechos más concretos como el derecho a la vida saludable e íntegra. La salud se constituye en el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana –sus condiciones físicas y mentales– como requisito indispensable para ser lo que está llamado a ser” Arbeláez Rudas, Mónica, *Derecho a la salud en Colombia: el acceso a los servicios del sistema general de seguridad social en salud*, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), 2006, pp. 71 y 71.

⁶ Al interior de la Carta Política la salud era entendida como un servicio público y solo se reconocía explícitamente como derecho fundamental en el caso de los niños según el artículo 44. En la actualidad la jurisprudencia constitucional ha reconocido para todas las personas el derecho fundamental autónomo a la salud.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.



“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”⁸.

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.⁹

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión derechos fundamentales es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud.

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la “conexidad” como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

“Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”¹⁰.

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”¹¹.

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁹ Se elimina la distinción del Título II de la Constitución Política entre los derechos fundamentales del Capítulo I y los derechos económicos, sociales y culturales del Capítulo II por su clara interrelación en la realización efectiva de la dignidad humana en el marco de un Estado Social de Derecho.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.



mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.¹²...

VII. CASO EN CONCRETO

El promotor de la acción acude a esta Instancia Judicial para que se protejan los Derechos Fundamentales del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO que estima vulnerados en razón a que, aparentemente, la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS., no le han ordenado, autorizado y agendado la cita médica que determine la necesidad de cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 13'801.830, y adicionalmente solicita se le otorgue el tratamiento integral al paciente.

Según el accionante, su agenciado “requiere asistencia en sus actividades básicas de la vida diaria”, y que no obstante la IPS TCUIDAMOS registrar dicha situación en la historia clínica, omite ordenar el cuidador a favor del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, escudándose en la resolución 5928 de 2018, sin importar que la demora como los trámites que se requieren, ponen en riesgo la vida del señor DÁVILA PELAYO, quien es un sujeto de especial protección constitucional.

ANALISIS DE LA PROTECCION INVOCADA DESDE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU IMPROCEDENCIA POR LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Respecto de la materia sometida al estudio Constitucional, deberá ad inicio advertirse por este Estrado Judicial, que la solicitud de amparo deprecada por el libelista no está llamada a prosperar, atendiendo a que pudo determinarse, a partir de las pruebas aportadas por las entidades accionadas y la obtenida luego del requerimiento efectuado de parte de este Estrado, al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, de la existencia y trámite de una acción de tutela previa, Radicada al N° 68-679-40-89-003-2022-00088-00, dentro de la cual se emitió fallo de primera instancia datado el 04 de abril de 2022, donde se tutelaron los Derechos fundamentales a la atención integral, a la igualdad, a la Salud, la Dignidad Humana, la vida y la Seguridad Social en salud, en favor del señor ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, concediéndosele, entre otros aspectos, en el numeral TERCERO de la resolutive, lo siguiente:

“(..). ORDENAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES que en el término de siete (07) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, un médico que conozca de primera mano el estado de salud del señor ENRIQUE DE JESUS DAVILA PELAYO, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, establezca si el servicio de cuidador efectivamente debe ser proporcionado al señor DAVILA PELAYO de acuerdo con lo que su cuadro clínico indique y sus patologías demanden, y de ser así las condiciones de modo y tiempo en que debe ser proveído. De esta forma, si el galeno encuentra que el señor DAVILA PELAYO en efecto necesita el servicio auxiliar de enfermería domiciliaria, este debe ser suministrado en el término de setenta y dos (72) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, de acuerdo a los lineamientos y condiciones previas de prestación que establezca el médico. (...)”

Y en el numeral CUARTO de dicho proveído otorgó el “**tratamiento integral**” al paciente, respecto de la patología de “**DEMENCIA TIPO ALZHEIMER y su MAL CONTROL**”

¹² La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-671 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-104 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.



DE ESFINTER URINARIO”, que a la fecha de este pronunciamiento se mantiene; decisión que fue objeto de impugnación, la cual fue desatada por el Juzgado Segundo Civil de Circuito de San Gil, autoridad que confirmó íntegramente lo decidido por el a quo, mediante sentencia del 14 de junio de 2022.

Así mismo, dada la información suministrada por las accionadas, en torno a la interposición adicional de incidente de desacato, dentro de la precitada acción constitucional, este Fallador, mediante auto del 12 de octubre de 2022, requirió al Juzgado cognoscente, para que informara sobre la existencia del trámite accesorio incidental, y si el mismo aún se encontraba en curso, petición que fue atendida en debida forma por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Gil, remitiendo copia del expediente correspondiente, e informando que el mismo ya había sido finiquitado mediante auto del 28 de julio de 2022, dada la respuesta de la incidentada IPS SUMIMEDICAL S.A.S., en la que indica “(...) que los pañales ordenados se vienen entregando y que el médico no ordenó enfermera para el señor Pelayo, (criterio del que dependía la orden o no de la misma), razón por la que no se ordena la misma, adjuntando historia de visita médica domiciliaria y soporte de entrega de pañales (...)”, determinando ese Estrado judicial que “(...) a hoy, no se vislumbra responsabilidad en el incumplimiento al fallo de tutela, como quiera que los pañales se vienen entregando para el señor ENRIQUE DE JESUS PELAYO y el médico que lo valoró, no ordenó 2 la auxiliar de enfermería para el cuidado del mismo y obran a folios 02 al 07 del archivo 07 del expediente digital, relación de medicamentos enviados a San Gil a nombre del señor ALBERTO DÍAZ (agente oficioso del señor Pelayo) firmado por Candelaria Mendoza e historia clínica y ordenes de medicamentos y otros respecto del señor ENRIQUE DE JESUS PELAYO firmados por el Dr. JULIO CESAR MENDOZA HERNANDEZ, lo que desvirtúa la necesidad de continuar con el trámite incidental. (...)”, ordenando en consecuencia el archivo del incidente de desacato por cumplimiento del fallo.

En ese orden de ideas, atendiendo lo esbozado en los párrafos anteriores, para este Juzgado no cabe la menor duda de que se está en presencia del fenómeno de cosa juzgada constitucional, y así habrá de declararse.

Así las cosas, podría pensarse que el inicialista estaría incurriendo en temeridad, al incoar una nueva acción de tutela sustentada en la misma situación fáctica, con identidad de partes y pretensiones, más aún cuando, haciendo eco de lo dispuesto en los artículos 37 y 38 del Decreto 2591 de 1991, en su escrito tutelar manifiesta bajo la gravedad del juramento que “(...) no he interpuesto otra acción de tutela por estos mismos hechos y contra esta entidad (...)”.

Vale decir que la Honorable Corte Constitucional ha decantado el análisis del asunto sometido a consideración, entre otras en la Sentencia T-280-17¹³, en donde en grado de precedente ha señalado:

“(...) 4.3 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 excepcionales¹⁴, 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 elementos¹⁵: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; e (iii) identidad de pretensiones¹⁶. 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 accionante¹⁷. 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 temeridad¹⁸.”

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 280 del 28 de abril de 2017. M.P. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS (E).

¹⁴ Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

¹⁷ 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.

¹⁸ Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



4.4 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 pretensiones¹⁹; (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 favorable²⁰; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción²¹; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia"²²."

En el caso sub examine, y partiendo de la cita Jurisprudencial comentada anteriormente, cabría la posibilidad de contemplar que nos encontrásemos frente a un claro ejemplo de temeridad, empero se puede inferir que el inicialista estaría obrando bajo el principio de la buena fe y deja entrever que actúa motivado por la necesidad de buscar salvaguarda de los derechos de su suegro agenciado, quizás por falta de una correcta asesoría, o por la ignorancia jurídica sobre la posibilidad que tiene de hacer uso de los mecanismos legales con que cuenta para ello, como es el de solicitar la iniciación del trámite incidental ante el Juez Constitucional que los protegió, acción que, como se otea de las probanzas arrojadas al presente contradictorio, el accionante ya ejerció, lo que conllevaría en contraposición a concluir que no existe temeridad, sino que se presentaría en su lugar el fenómeno de la cosa juzgada constitucional; por lo cual, es menester dar aplicación al precedente del máximo órgano de cierre Constitucional, que en la sentencia aludida, anota: "**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.**"²³.
(Negrilla y Subraya del Despacho).

En la misma jurisprudencia en cita, la alta corporación delimita los casos en los que puede admitirse la presentación de varias acciones sin que ello pueda tomarse como temeridad, cuando: **i)** ocurre un hecho nuevo y, **ii)** si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional, y adicionalmente sobre el principio de la cosa juzgada constitucional expresa:

"(...) 4.6 Cabe señalar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de cosa juzgada constitucional, que ha sido definido por esta Corporación 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 (...)

¹⁹ Sentencia T-149 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁰ Sentencia T-308 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo

²¹ Sentencia T-443 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

²² Sentencia T-001 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 280 del 28 de abril de 2017. M.P. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS (E).

²⁴ Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



4.10 En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

“i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”²⁵.

Dilucidado lo anterior, y observando que la presente acción constitucional contempla similitud de partes, idéntica situación fáctica, se halla fundada en iguales motivos y pretensiones que aquella que fue sometida a consideración en el anterior escenario Constitucional en el que se ampararon los Derechos Fundamentales del agenciado ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, más aún cuando se reconoció INTEGRALIDAD²⁶, ampliamente referido en el decurso del presente fallo, acatando el precedente jurisprudencial, no existe otra alternativa que declarar la improcedencia de la presente acción de tutela por operar el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En tal sentido, sin hesitación se avizora que lo planteado por el accionante como agenciante de ENRIQUE DE JESÚS DÁVILA PELAYO, ya hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y que, de presentarse incumplimiento a dicha orden, el libelista debe acudir ante el despacho judicial que ordenó el amparo más aún cuando este contemplo el tratamiento integral, para que a través de incidente de desacato se cumpla la orden impartida en la sentencia del 04 de abril de 2022, por parte de las entidades accionadas.

Como colofón, la presente acción no está llamada a prosperar, por lo que se declarará su improcedencia por operar el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Corolario de lo anterior, al no existir vulneración ni amenaza de Derecho Fundamental alguno atribuible a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, se dispondrá su desvinculación del presente trámite.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de tutela instaurada por el señor ALBERTO DÍAZ CARVAJAL, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91'244.846 expedida en Bucaramanga, agenciante del señor ENRIQUE DE JESÚS

²⁵ Sentencia T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá 28 de Enero *El principio de integralidad, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”. La materialización del principio de integralidad conlleva a que toda prestación del servicio se realice de manera oportuna, eficiente y con calidad; de lo contrario se vulneran los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud.”.*



DÁVILA PELAYO, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 13'801.830 expedida en Bucaramanga, en contra de la I.P.S. SUMIMEDICAL S.A.S., la IPS TCUIDAMOS S.A.S. y el CENTRO MÉDICO SINAPSIS IPS., **por operar el fenómeno de la cosa Juzgada Constitucional**, en aquiescencia de lo considerado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. DESVINCULAR del presente trámite a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO. Contra esta decisión procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

SEXTO. A costa de la parte interesada expídase fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SÉPTIMO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, **ARCHÍVENSE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ**

CDBJ/Cjrv.