



Radicado: 2023-0397-00
Proceso: Acción de Tutela
Demandante: Claudia Marcela Montañez Prieto representante JEMM.
Demandado: Famisanar EPS
Sentencia No: 092

JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
Bucaramanga, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la presente acción de tutela promovida por CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO en representación de su hijo JEMM contra FAMISANAR EPS por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, y al de petición.

Por disposición de este Despacho al trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a la IPS MEDICUC, a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, a la SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, a la ALCALDIA DE BUCARAMANGA y al INSTITUTO ROOSEVELT.

La representante legal considera vulnerados los derechos fundamentales del accionante en consideración a los siguientes;

HECHOS

Contó la accionante, que su hijo JEMM tiene catorce (14ⁱ) años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que es prestado por FAMISANAR EPS régimen subsidiado y en la actualidad presenta el diagnóstico denominado: PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA, EPILEPSIA, ESCOLIOSIS, INCONTINENCIA MIXTA, y DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTALⁱⁱ.

El 29/09/2010 el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ profirió sentencia de tutela a favor de su hijo, donde se resolvió lo siguiente:

2.- INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto el artículo 18 del decreto 806 de 1998 - DE EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

3.- En consecuencia, ordénase a la entidad accionada FAMISANAR E.P.S. para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, que autorice y cubra el 100% del SERVICIO INTEGRAL DE SALUD (Terapias, Procedimientos, Exámenes, Elementos y Medicamentos) y que requiera el paciente menor de edad JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ , **conforme la orden dada por el medico tratante** , y por padecer de PARALISIS CEREBRAL EN UN 60% Y EPILEPSIA y el tratamiento integral que requiere por la patología que presenta , sin tener en cuenta que no se encuentran dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud .

4.- Por el derecho que tiene a repetir a su vez el pago, se autoriza a la entidad accionada FAMISANAR E.P.S. quien podrá repetir el pago de los sobrecostos en que incurra en cumplimiento de este fallo **frente a los procedimientos que se encuentren por fuera del POS** , conforme lo ordenado en el numeral anterior ante el Estado - a través del Fondo de Solidaridad y Garantía de Sistema General de Seguridad Social en Salud - FOSYGA - , dentro del término de treinta (30) días siguientes a la presentación de las facturas de recobro.

Aseguró que en diferentes ocasiones le ha solicitado de manera escrita y verbal a la EPS el servicio de CUIDADOR SOMBRA en consideración a las condiciones de salud que presenta el agenciado, su discapacidad del 86% y las precarias condiciones económicas del núcleo familiar.



En la actualidad, el agenciado se encuentra vinculado al programa de atención domiciliaria a través de la IPS MEDICUC, donde recibe terapias física, ocupacional y fonoaudiología, así como tratamiento con psiquiatría y trabajo social.

En el mes de marzo de 2023 elevó un derecho de petición ante la EPS solicitando lo siguiente:

Explicarme de manera escrita y en papel membretado de **FAMISANAR EPS**, de manera clara, las razones por las cuales a la fecha no se ha autorizado el servicio de **CUIDADOR** a mi hijo **JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ**, identificado con tarjeta de identidad 1050609311 expedida en Bogotá, persona que *se encuentra en el programa domiciliario* y requiere del **CUIDADOR** que solicito por ser una persona con discapacidad del 86% totalmente dependiente.

Teniendo en cuenta que mi hijo fue incorporado al *programa domiciliario* el 25 de enero del presente año, solicito aquí nuevamente y respetuosamente que a la mayor brevedad se asigne el **CUIDADOR** para mi hijo **JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ**, identificado con tarjeta de identidad 1050609311 expedida en Bogotá, persona que como aquí expongo, *se encuentra en el programa domiciliario* y requiere del **CUIDADOR** que solicito, por ser mi hijo una persona con discapacidad del 86%, además de ser una persona de quien por su edad y condición física de discapacidad soy su representante legal, exponiendo aquí de igual forma que soy madre cabeza de familia.

FAMISANAR EPS emitió respuesta a dicha petición en los siguientes términos, los cuales para la parte interesada no brindan una solución a la problemática planteada:

Apreciado usuario,
Hemos recibido su comunicación radicada a través de nuestros canales de atención y remitido a nuestras dependencias bajo el **PQRS-2023-E-141504** y, en virtud, en virtud de lo expuesto nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

Se realiza la consulta con la ips medicuc quien realizo la visita domiciliaria al menor el día 23 de marzo quien nos informa que el medico coloca en la historia clínica control con medico domiciliario, terapias domiciliarias pero no deja el servicio de enfermería domiciliaria.

Le ofrecemos excusas por los inconvenientes presentados en la atención y agradecemos su confianza al haberse puesto en contacto con nosotros, pues para la EPS es muy valioso conocer sus inquietudes para mejorar los procesos al interior de la compañía

Esperamos haber dado respuesta a su solicitud y reiteramos nuestra vocación de servicio. Cualquier información adicional con gusto será atendida a través del correo electrónico servicioalcliente@famisanar.com.co y nuestra línea amable nacional gratuita 01 8000 91 66 62.

Además, indicó que la EPS refiere que es responsabilidad del afiliado y de su familia proveer el cuidador, y sólo autoriza el servicio de enfermería para casos puntuales, más no, para cuidado básicos como aseo, higiene, alimentación, cambios de posición, prevención de escaras, cuidados generales y acompañamiento, pues dichas actividades están a cargo del cuidador.

Adicional, indicó que ha solicitado la entrega de una silla de ruedas conforme las especificaciones que ha dispuesto la justa médica, pero su petición ha sido negada.

En concreto, pretende que se le ordene a FAMISANAR EPS que: (i) emita respuesta al derecho de petición radicado en el mes de marzo de 2023 con radicado PQR-2023-E-092162, (ii) autorice el servicio de CUIDADOR SOMBRA, (iii) autorice y suministre la silla de ruedas ordenada por el médico tratante.

CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

1. El apoderadoⁱⁱⁱ judicial del jefe de la oficina jurídica de la **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** indicó que:

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, entró en operación la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES- como una entidad adscrita al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL que se encarga 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 financian el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo.



Por lo anterior, debe entenderse que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA- se suprimió y que en adelante es quien se encuentra a cargo de financiar el aseguramiento en salud.

Alegó 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 esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sin perjuicio de lo anterior, recordó 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.

Adicionalmente, solicitó negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios ampliamente explicados en el presente escrito 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.

2. La Gerente^{iv} Técnica en Salud Regional Norte de FAMISANAR EPS se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela en los siguientes términos:

FAMISANAR S.A.S., ha garantizado al accionante los servicios médicos de manera integral, los cuales han sido ordenados por el médico tratante, de conformidad con la patología que padece, sin embargo, para el servicio de CUIDADOR no existe orden médica que avale la pertinencia de dicho servicio de salud.

Indicó que las labores del cuidador son de apoyo en cuidados básicos, labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar, por lo que la empresa promotora de salud no tiene la obligación de asumir dichos gastos.

Con respecto a la entrega de insumos técnicos (silla de ruedas), expuso que no hacen parte de un tratamiento médico, sino que está destinado a facilitar la movilidad del accionante, por lo que no son financiados con recursos públicos asignados al Sistema de Salud con cargo a la UPC, y en ese evento los familiares del paciente pueden acceder a los beneficios que ofrece la gerencia de desarrollo social y comunitario de la ALCALDIA DE BUCARAMANGA.

Finalmente, solicitó negar el amparo constitucional al considerar que no existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

3. La representante^v legal de JEMM informó que los ingresos del núcleo familiar ascienden a la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS (\$900.000) mensuales, los cuales son variables, pues dependen de la cantidad de manicures y/o pedicuras que pueda realizar diariamente. En la actualidad viven en arriendo y paga la suma de \$500.000 pesos mensuales, los gastos de alimentación corresponden a \$400.000 y un familiar les ayuda con la compra de pañitos húmedos, transporte y cremas.

4. El JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ remitió copia de la sentencia de primera instancia proferida al interior de la acción de tutela promovida por CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO en representación de su hijo en condición de discapacidad JEMM contra FAMISANAR EPS, radicada bajo la partida No. 10-1422.

5. El SECRETARIO^{vi} DE DESARROLLO SOCIAL DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA expuso lo siguiente:

Las pretensiones de la acción de tutela no están llamadas a prosperar respecto a la SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DE BUCARAMANGA ya que no se encuentra a cargo de la prestación de ningún servicio de salud, pues ese deber legal le corresponde a



FAMISANAR EPS, razón por la cual no existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

No obstante, la representante legal del accionante puede acercarse a la ALCALDIA DE BUCARAMANGA - SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DE BUCARAMANGA con el fin de conocer los programas que se ofrecen a través de la oferta institucional y a los cuales puede acceder siempre y cuando cumpla los requisitos necesarios.

6. El representante^{vii} legal de la **IPS MEDICUC** expuso lo siguiente frente a la vinculación efectuada por este Despacho:

El joven JEMM se encuentra inscrito en el programa de atención domiciliaria PAD y ha recibido por parte de la IPS una atención oportuna y de calidad, de acuerdo con las ordenes emitidas por el médico tratante y las autorizaciones dadas por la EPS.

En cuanto al servicio de CUIDADOR SOMBRA y SILLA DE RUEDAS no se observa ordenamiento vigente que justifique el reclamo del accionante, y tampoco corresponden a servicios que puedan ser brindados por parte de la IPS, en virtud de que no se encuentran condensados en su portafolio de servicio.

Finalmente, solicito ser desvinculada del trámite constitucional al considerar que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

7. La **SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER**, la **ALCALDIA DE BUCARAMANGA** y el **INSTITUTO ROOSEVELT** guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela, consagrada en el Artículo 86 de la Carta Política, es el procedimiento preferente y sumario que tienen las personas para acudir ante los Jueces, con el fin de que le protejan de manera expedita 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 en los casos expresamente señalados por la ley, pero solamente en aquellos que carezcan de otros medios idóneos de defensa judicial para su restablecimiento, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Constituye, pues, la figura constitucional un instrumento rápido, sin formalismo, de fácil acceso, capaz de restablecer el derecho volviéndolo a su estado anterior, con la debida eficacia para conjurar una amenaza un peligro inminente de vulneración de los derechos fundamentales y que apunta a remediar tales situaciones, no solo frente a actos escritos, sino a conductas u omisiones de hecho, tanto de las autoridades como de los particulares, descartándose de plano su concepción de medio judicial paralelo o adicional a los ya existentes, de donde se colige su carácter de vía extraordinaria y excepcional, subsidiaria y residual, a la cual puede acudir quien se considere afectado en los aludidos términos con el objeto de demandar su inmediata y oportuna protección.

Tal como lo consagra el Artículo 86 de la Constitución Política, la demanda instaurada en sentido general, no procede contra las acciones u omisiones de los particulares, salvo en casos excepcionales. Así en desarrollo de este precepto el Artículo 42, Numeral Segundo del Decreto 2591 de 1991 estableció su viabilidad, cuando el particular esté encargado de un servicio público.

TESIS DEL DESPACHO

En el presente asunto existe cosa juzgada constitucional para resolver la presente acción de tutela, en consideración a lo decidido en primera instancia por el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, respecto a la vulneración a los derechos fundamentales del menor JEMM.

Respecto al derecho de petición, considera este Despacho que no existe vulneración en la medida que FAMISANAR EPS emitió respuesta de fondo, clara y coherente a la solicitud elevada por la accionante.



Las razones que justifican lo mencionado, se presentan a continuación:

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela, en los siguientes términos (Sentencia T-1224 de 2005):

“En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en relación con el carácter residual de la acción de tutela. Al respecto, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. Al respecto, en la sentencia T-252 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas, se lee:

*La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. **Esa caracterización implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias**[2]. El artículo 86 de la Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

*En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, **la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para alcanzar una protección cierta, efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado**, lo cual implica que tenga la aptitud suficiente para que a través de él se restablezca el derecho vulnerado o se proteja su amenaza[3]” (negritas fuera del texto).*

En este sentido, resulta acertado afirmar que la acción de tutela no constituye una instancia adicional en los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales, siempre y cuando los medios de defensa previstos en su interior, mantengan el nivel de eficacia necesario para proteger los derechos fundamentales de las partes en litigio. Sobre este tema, expresó este Tribunal en la sentencia SU-961 de 1999:

“La función de la acción de tutela está claramente definida por el artículo 86 constitucional como procedimiento que no sule a las vías judiciales ordinarias, ya que ‘sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’, salvo la situación en la cual tiene carácter supletivo momentáneo, que es cuando ‘aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.’”

En síntesis, es claro que la acción judicial en mención no fue creada para entorpecer o duplicar el funcionamiento del aparato de justicia concebido por el constituyente y desarrollado por el legislador, sino para mejorarlo, brindando una figura complementaria que permite la protección efectiva de los derechos fundamentales ante la ausencia de otro medio jurídico idóneo a tales efectos.”

2. Sobre la cosa juzgada constitucional la corte reiteró en la Sentencia T-154 de 2014:

“En lo que respecta a este asunto, esta corporación ha sostenido que cuando un juez de tutela decide una acción interpuesta por un usuario del sistema de salud con las mismas partes, hechos y pretensiones de una anterior, tiene que examinar si las condiciones de salud del peticionario o agenciado han cambiado en el lapso transcurrido entre una y otra, teniendo presente circunstancias importantes como el aumento de la edad, el avance de las enfermedades y la orden reiterada de un medicamento, servicio, tratamiento o procedimiento de salud. De igual forma, el funcionario también tendrá que observar si cuando se desató la acción precedente, se resolvió de forma efectiva cada una de las pretensiones del tutelante, es decir, que concretamente haya habido un pronunciamiento sobre las solicitudes que supuestamente se vuelven a poner en conocimiento del juez constitucional^{lviii}.

Una vez verificado la ocurrencia o no de dichas circunstancias, se debe determinar si sobre el caso concreto hay cosa juzgada constitucional y si se presenta una actuación temeraria por parte del accionante. Así pues, cuando se adelantan sucesivas o varias acciones de tutela que traten sobre un mismo asunto, se producen estas consecuencias:

“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 triple identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada.” ix“

En otro pronunciamiento (Sentencia T-185 de 2013) de la Corte Constitucional se pronunció, así:

“4.1.1.1. El juez puede considerar que una acción de amparo es temeraria siempre que considere que dicha actuación: *“(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones^x; (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 favorable^{xi}; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción^{xii}; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia^{xiii}.*

4.1.1.2. 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 derecho^{xiv}; 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. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante^{xv}.* Aunque, en estos eventos la demanda de tutela deberá ser declarada improcedente.

(...)

4.2. De otro lado, para la Sala la interposición de varias acciones de tutela en forma repetida y reiterada es incompatible con el principio de cosa juzgada constitucional. Esta Corte ha estimado que *“los fallos judiciales deben ser definitivos y capaces de concluir o culminar el litigio propuesto, de lo contrario, las relaciones contenciosas nunca saldrían de la incertidumbre, con grave perjuicio para los intereses de las partes^{xvi}.* Como respuesta a ese imperativo se construyó la institución procesal de la cosa juzgada, la cual se viene a constituir en el *“fin natural del proceso.^{xvii}”*

4.2.1. En sentencia C-774 de 2001^{xviii}, la Corte Constitucional señaló que 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.”^{xix}*

SOLUCIÓN CASO CONCRETO

En el presente trámite, la representante legal JEMM pretende que a través de la acción de tutela se le ordene a FAMISANAR EPS: (i) emitir una respuesta de fondo, clara y coherente al derecho de petición presentado en el mes de marzo de 2023, (ii) autorizar el servicio de CUIDADOR SOMBRA, (iii) autorizar y suministrar la silla de ruedas ordenada por el médico tratante.

De conformidad con las manifestaciones realizadas en el escrito de tutela, las pruebas aportadas al plenario, así como el precedente constitucional y jurisprudencial en cita, este Despacho considera pertinente analizar en primera medida los requisitos de procedencia de la acción de tutela, así:

Procedencia de la acción de tutela para el caso concreto.

Legitimación por activa: La Constitución prevé en el artículo 86 que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o



amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas o, en ciertos eventos, por un particular. A su vez, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, en cuanto a la legitimación por activa o el interés para interponer la acción, expresa que “(...) la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

En ese sentido, el recurso de amparo puede ser instaurado de manera directa por el titular de los derechos fundamentales o por un tercero quien debe acreditar una de las siguientes cualidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso, (iii) apoderado judicial o (iv) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.

La señora CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO presentó acción de tutela en calidad de representante legal de su hijo JEMM al considerar que existe vulneración a sus derechos fundamentales, acorde con lo dispuesto en el Artículo 86 de la Carta Política y el Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y en consideración a que el accionante es menor de edad y presenta dependencia severa dadas las múltiples patologías que padece, lo cual le impide acudir en forma directa en defensa de sus derechos, por lo que se encuentra legitimada para incoar la acción en su nombre.

Legitimación por pasiva: El numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de un particular, cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de un servicio público. En sentencia T-477 de 2016 dijo la Corte Constitucional que se satisface la legitimación en la causa por pasiva siempre que se demuestre: (i) que la entidad accionada es una autoridad pública; (ii) que el particular demandado se encarga de la prestación de un servicio público; o (iii) que exista una situación de subordinación o indefensión entre el actor y la parte accionada. En el presente caso, FAMISANAR EPS está encargada de la prestación del servicio público de salud.

Inmediatez: Este requisito de procedencia se encuentra regulado también por el artículo 86 de la Constitución Política, el cual precisa que cualquier persona podrá interponer acción de tutela “en todo momento y lugar”, expresión que es reiterada por el Decreto Ley 2591 de 1991 en el artículo 1°. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a dicho mecanismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y razonable, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales del accionante.

En este orden de ideas, la inmediatez es una condición que busca que la acción se presente en un término razonable contado desde el momento en que se tiene conocimiento de la violación o amenaza de los derechos fundamentales y no un término de caducidad. Justamente, porque la acción de tutela es un medio excepcional para la protección pronta y eficaz, es que se requiere que se ejerza en un tiempo prudencial. Por ello, el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito para habilitar el estudio de fondo del recurso de amparo, pues se evita el uso de este mecanismo constitucional como herramienta que facilite la negligencia o indiferencia de los actores, o que propicie inseguridad jurídica.

En el caso concreto, y de acuerdo a la información recaudada durante el trámite de tutela, lo informado por la representante legal del accionante y la EPS al momento de contestar la demanda, se observa que en el mes de marzo de 2023 el joven JEMM fue valorado por el médico domiciliario, quien le prescribió los servicios de salud requeridos para atender las patologías que padece, sin embargo, no se emitió orden para el servicio de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, CUIDADOR y/o ACOMPAÑANTE SOMBRA, por lo que ha transcurrido alrededor de tres (3) meses aproximadamente entre los hechos que originaron el presente trámite y la interposición de la solicitud de amparo; término que se considera prudente y razonable para el ejercicio de la acción de tutela.

Subsidiariedad: Conforme con el Artículo 86 de la Carta y el Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Para el caso de la acción de tutela en materia de salud, la Corte Constitucional ha considerado en algunas sentencias (Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-



450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) que: "(...) teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios que fueron solicitados. (...)" Sin embargo, también ha manifestado la Corte que pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional de dicha autoridad administrativa, no es idóneo o eficaz para casos concretos donde se requiere una protección urgente de los derechos fundamentales invocados por la parte actora o concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del Juez Constitucional. (Sentencia T-375 de 2018)

En el presente asunto se cumple con dicho requisito, pues se trata de un sujeto con doble protección constitucional (dada su corta edad y las condiciones de salud que padece), razón por la cual la empresa prestadora de salud a la que se encuentra afiliado, en este caso FAMISANAR EPS es quien debe garantizar la prestación de los servicios de salud que requiere el accionante, no existiendo en este momento otra vía para la defensa de sus derechos, pues, a pesar que no se demostró la interposición de queja o reclamo ante la Superintendencia Nacional de Salud frente a las pretensiones, lo cierto es que dicho trámite se tardaría más que la acción de tutela y lo que se encuentra en juego es la prestación de los servicios de salud que requiere JEMM para atender su padecimiento de salud.

De conformidad con lo anterior, es claro que, se reúnen los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de tutela, sin embargo, antes de entrar en el fondo del asunto planteado, lo primero que debe determinar es si en el presente caso se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, pues del análisis de las diligencias se observa que en otra oportunidad un juez constitucional profirió decisión respecto a la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, veamos:

	JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ	JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
	ACCIÓN DE TUTELA RAD. 2010-1422	ACCIÓN DE TUTELA RAD. 2023-397-00
ACCIONANTE	JEMM	JEMM
REPRESENTANTE LEGAL	CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO	CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO
ACCIONADO	FAMISANAR EPS	FAMISANAR EPS
HECHOS	<p>JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ es un paciente menor de edad (2 años) que presenta diagnóstico de PARALISIS CEREBRAL en un 60% y EPILEPSIA y desde estar en tratamiento médico continuo, y la EPS no se lo autoriza por no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud y la somete a la aprobación del C.T.C., y el paciente lo necesita para combatir su enfermedad y para llevar una vida en condiciones más dignas.</p>	<p>El joven JEMM tiene catorce años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que es prestado por FAMISANAR EPS régimen subsidiado y en la actualidad presenta el diagnóstico denominado: PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA, EPILEPSIA, ESCOLIOSIS, INCONTINENCIA MIXTA, y DEPENDENCIA FUNCIONAL TOTAL.</p> <p>La representante legal informó que el 29/09/2010 el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ profirió sentencia de tutela a favor de su hijo.</p> <p>Asegura que en diferentes ocasiones le ha solicitado de manera escrita y verbal a la EPS el servicio de CUIDADOR SOMBRA en consideración a las condiciones de salud que presenta el accionante, su discapacidad del 86% y las precarias condiciones económicas del núcleo familiar.</p> <p>En el mes de marzo de 2023 elevó un derecho de petición ante la EPS solicitando el servicio de CUDADOR para su hijo.</p> <p>FAMISANAR EPS emitió respuesta a dicha petición en los siguientes términos, los cuales para la parte interesada no brindan una solución a la problemática planteada:</p> <p><small>Apreciado usuario. Hemos recibido su comunicación radicada a través de nuestros canales de atención y remitido a nuestras dependencias bajo el PQRS-2023-E-141504 y, en virtud, en virtud de lo expuesto nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:</small></p> <p><small>Se realiza la consulta con la ips medicuc quien realizo la visita domiciliaria al menor el día 23 de marzo quien nos informa que el medico coloca en la historia clinica control con medico domiciliario, terapias domiciliarias pero no deja el servicio de enfermería domiciliaria.</small></p> <p><small>Le ofrecemos excusas por los inconvenientes presentados en la atención y agradeceremos su confianza al haberse puesto en contacto con nosotros, pues para la EPS es muy valioso conocer sus inquietudes para mejorar los procesos al interior de la compañía</small></p> <p><small>Esperamos haber dado respuesta a su solicitud y reiteramos nuestra vocación de servicio. Cualquier información adicional con gusto será atendida a través del correo electrónico servicialcliente@famisanar.com.co y nuestra línea amable nacional gratuita 01 8000 91 99 92.</small></p>
PRETENSIONES	En concreto, pretende que se le ordene a FAMISANAR EPS garantizar un tratamiento continuo para atender las patologías que	En concreto, pretende que se le ordene a FAMISANAR EPS que: (i) emita respuesta al derecho de petición radicado en el mes de marzo de 2023, (ii) autorice el



	padece.	servicio de CUIDADOR SOMBRA, (iii) autorice y suministre la silla de ruedas ordenada por el médico tratante.
DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA	<p>2- INALICAR por inconstitucional para el caso concreto el artículo 18 del decreto 806 de 1998 – DE EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.</p> <p>3- En consecuencia ordénese a la entidad accionada FAMISANAR E.P.S. para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, que autorice y cubra el 100% del SERVICIO INTEGRAL DE SALUD (Terapias, procedimientos, exámenes, elementos y medicamentos) y que requiera el paciente menor de edad JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ, conforme la orden dada por el médico tratante, y por padecer de PARALISIS CEREBRAL EN UN 60% Y EPILEPSIA y el tratamiento integral que requiere por la patología que presenta, sin tener en cuenta que no se encuentran dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.</p>	***

De estas dos acciones de tutela, se tiene que ambas parten del mismo objeto, esto es, garantizar los servicios de salud que requiere el joven JEMM para atender las patologías que padece denominadas en la historia clínica como PARALISIS CEREBRAL y EPILEPSIA en consideración a que presenta una discapacidad que le impide desarrollar sus actividades cotidianas de forma independiente.

Según la valoración del 17 de mayo de 2023, el menor depende de los ingresos de su madre, que trabaja de forma informal, tiene una red de apoyo familiar dispersa, débil, y de condiciones económicas inestables. Asimismo, desde el 01 de noviembre de 2019 se ordenó una silla de ruedas, a la medida del paciente, con sistema de crecimiento liviana, basculada 8 grados, plegable, ruedas posteriores de 16 pulgadas y las anteriores de 6 x ½ macizas, entre otras especificaciones dada por la junta médica.

Bajo esta argumentación, es claro que requiere de unos servicios de salud, en virtud de las patologías que padece, sin embargo, dado el fallo de tutela que ya cuenta a su favor, corresponde atenderlas a través del incidente de desacato que se adelanta en el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ pues allí, se concedió el amparo constitucional y se protegieron los derechos fundamentales del accionante, otorgándole la ATENCIÓN MEDICA INTEGRAL EN SALUD para atender las patologías que padece, pues del análisis y revisión del expediente no se observaron nuevos hechos sobre los cuales este Despacho deba hacer nuevo pronunciamiento, dado que lo solicitado por la representante legal de JEMM corresponde a servicios de salud que están cobijados por la orden emitida en antecedencia.

Por ello, mal haría este Despacho en proferir un nuevo pronunciamiento, por las mismas patologías del actor, pues cualquier requerimiento médico en virtud de las patologías que padece, deben ser debatidos en el escenario del incidente de desacato que se promueva ante dicha autoridad, dada la orden de atención médica integral en salud.

Así las cosas, si la representante legal del accionante considera que existe incumplimiento por parte de FAMISANAR EPS, en cuanto la prestación de los servicios de salud que le fueron ordenados a JEMM por parte de su médico tratante o los que a su juicio considera que deben ser garantizados a su hijo (CUIDADOR SOMBRA y SILLA DE RUEDAS), el camino jurídico que debía seguir era iniciar el incidente de desacato ante el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, más no, el inicio de una nueva acción constitucional, por lo que es evidente que se configuran los presupuestos necesarios para determinar que existe **cosa juzgada constitucional** respecto a la vulneración a los derechos fundamentales del accionante, pues:

- i. Las partes son las mismas en ambos escritos de tutela.



- ii. Los hechos principales de una y otra acción se refieren a la misma situación fáctica, es decir, garantizar los servicios de salud que requiere el joven JEMM para atender las patologías denominadas PARALISIS CEREBRAL y EPILEPSIA.
- iii. Dicha pretensión fue resuelta a través de la sentencia de tutela proferida el 29/09/2010 por el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, donde se le ordenó a FAMISANAR EPS que garantizara la atención médica integral en salud al accionante respecto al diagnóstico establecido en esa oportunidad, el cual no ha cambiado y sigue siendo el mismo: PARALISIS CEREBRAL y EPILEPSIA.
- iv. Si la representante legal considera que existe incumplimiento en la prestación y/o suministro de los servicios ordenados por el médico tratante, debe acudir al trámite del incidente de desacato ante el JUZGADO CINCUENTA Y SEIS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ para poner en conocimiento tales circunstancias, y no, acudir nuevamente a una acción de tutela para debatir asuntos que ya fueron resueltos, pues evidente ya cuenta con un fallo a su favor, donde se analizaron los aspectos relacionados con las condiciones de salud del accionante y los servicios de salud que requería para atender sus patologías, e incluso, se ordenó la atención médica integral en salud.

Así las cosas, este Despacho considera que existe cosa juzgada constitucional, por lo que este Despacho no puede volver a pronunciarse sobre circunstancias que ya fueron objeto de estudio y análisis por parte de otro Juez Constitucional, por lo que no queda camino jurídico distinto que declarar la improcedencia del amparo invocado.

Ahora, es de aclarar, que no se observa temeridad o mala fe en el accionante, en la imposición de este amparo, pues no se evidencia que tenga conocimiento sobre aspectos jurídicos que le permitan conocer su actuar, además que, el hecho que se expidan nuevas ordenes médicas, no por ello se habilita a la interposición de una nueva acción de tutela, pues precisamente cuenta con una orden de atención médica integral.

No obstante, y en gracia de discusión observa este Despacho que, frente al servicio de CUIDADOR, ciertamente la accionante no cuenta con orden médica vigente que avale y/o justifique la necesidad del mismo, dado que: (i) de la revisión de la historia clínica no se evidenció la orden para el servicio de CUIDADOR SOMBRA y/o AUXILIAR DE ENFERMERÍA, por lo que tal pedimento corresponde a la voluntad de la representante legal de JEMM, y (ii) la silla de ruedas fue ordenada a través de una junta médica en el año 2019, por lo que dicha orden tiene fecha de expedición que hace cuatro (4) años aproximadamente, es decir, dicha prescripción no se encuentra vigente y tampoco se podría ordenar su cumplimiento en razón a que el accionante ha crecido y las especificaciones de dicho elemento de ninguna manera se adaptarían a su anatomía.

En cuanto al derecho de petición, no se evidencia vulneración alguna, pues FAMISANAR EPS emitió respuesta de fondo, clara y concreta a la petición elevada por la representante legal del accionante, dado que la misma consistía en que se le indicara las razones por las cuales no se autorizaba el servicio de CUIDADOR, ante lo cual la EPS indicó que tal negativa obedecía a que no existía orden médica que avala tal servicio. Así mismo, tal comunicación le fue debidamente notificada, pues la misma fue aportada como evidencia al presente trámite constitucional.

Finalmente, se ordenará desvincular del trámite constitucional de la acción de tutela a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a la IPS MEDICUC, a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, a la SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, a la ALCALDIA DE BUCARAMANGA y al INSTITUTO ROOSEVELT, por cuanto durante el desarrollo del trámite constitucional no se demostró acción u omisión que hubiera afectado o vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

Por lo expuesto; el **JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:



PRIMERO: **NEGAR POR IMPROCEDENTE** el amparo constitucional deprecado por CLAUDIA MARCELA MONTAÑEZ PRIETO en representación de su hijo JUAN ESTEBAN MONTERO MONTAÑEZ contra FAMISANAR EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR de las presentes diligencias a las entidades ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a la IPS MEDICUC, a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, a la SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, a la ALCALDIA DE BUCARAMANGA y al INSTITUTO ROOSEVELT, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 30 y 5° de los Decretos 2591 y 306 de 1991 y 1992, respectivamente.

CUARTO: ENVIAR las diligencias a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HÉCTOR JULIÁN PINZÓN CAÑAS
JUEZ

ⁱ Historia clínica accionante.

ⁱⁱ Así se encuentra demostrado en el expediente digital.

ⁱⁱⁱ Dr. Julio Eduardo Rodríguez Alvarado.

^{iv} Dra. Jessica Lara Pedraza.

^v Sra. Claudia Marcela Montañez Prieto.

^{vi} Dr. Jorge Isnardo Neira González.

^{vii} Dr. Fabio Rene Rincón Navarro.

^{viii} Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-752 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-380 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

^{ix} Sentencia T-185 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

^{xi} Sentencia T-308 de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

^{xii} Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

^{xiii} Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

^{xiv} Sentencia T-721 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.

^{xv} Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

^{xvii} J. Ramón Ortega R. "De las excepciones previas y de mérito" Ed. Temis. Pág. 91, 1985.

^{xviii} De fecha 26 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

^{xix} T-185 de 2013, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.