

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

#### A S U N T O

Procede el Despacho a proferir el correspondiente fallo dentro de la acción constitucional de tutela instaurada por la ciudadana **JOVANNA KARINA GALVIS HERNANDEZ**, actuando como representante legal de su menor hija **Z.A.B.G**, en contra de **NUEVA EPS**, a fin de proteger su derecho fundamental de petición.

#### 1.1. Hechos de la tutela.

Expuso la accionante, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, lo siguiente:

Que el pasado 25 de julio de 2023 presentó derecho de petición ante LA NUEVA EPS, mediante el cual solicitó un cuidador para su hija ZABG, lo anterior teniendo en cuenta el diagnóstico presentado, sin que hasta el momento de la presentación de esta acción constitucional se le haya ofrecido una respuesta de fondo a la solicitud, situación que desconoce los términos legales y constitucionales para dar respuesta a esta clase de peticiones.

#### 1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos solicitó se tutele el derecho fundamental de petición y se le ordene a la NUEVA EPS que dé respuesta satisfactoria.



### 1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 4 de septiembre del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que la entidad accionada se pronunciara sobre los hechos y pretensiones, y ejerciera su derecho de defensa y contradicción, disponiéndose de este modo darle el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991.

### 1.4. Manifestaciones de la accionada.

#### ➤ NUEVA EPS

Indicó que se emitió respuesta a la accionante y se notifica al correo electrónico reportado:



Bucaramanga, 26 de julio de 2023

Señor@s  
JOVANNA KARINA GALVIS HERNANDEZ  
Bucaramanga – Santander

**ASUNTO: RESPUESTA A DERECHO DE PETICION 2543573**

Respetado Señor:

Reciba un cordial saludo en nombre de NUEVA EPS S.A. agradecemos su confianza al exponernos sus inquietudes.

En respuesta **A DERECHO DE PETICION 2543573 BASTARDO GALVIS ZOEH ANTONELLA RC 1098826957** donde solicita:

**PRIMERA:** Solicito que se me asigne un cuidador para mi hija **ZOEH ANTONELLA BASTARDO GALVIS**, para que se encargue de su cuidado los días de semana, teniendo en cuenta que por mi condición de madre cabeza de hogar y mis ocupaciones laborales para el cubrimiento de los gastos de mi hija no me es posible estar con ella los días de semana ni sábados por la mañana

En respuesta a su comunicación del asunto le informamos lo siguiente: El servicio de cuidador es un trabajo social, el cual debe ser impartido principalmente por los familiares del usuario.

Se valida documentación adjunta al derecho de petición y no se evidencia ordenamiento por parte médica para el servicio de cuidador.

**ATENCION DOMICILIARIA**-Procedencia del servicio de cuidador domiciliario en circunstancias especiales/**SERVICIO DE CUIDADOR PERMANENTE**

*El servicio de cuidador está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha*



Por lo anterior, indico que la respuesta que se emita conforme un derecho de petición no debe ser positiva o favorable a la pretendido por la parte interesada en su contestación, dicha de respuesta debe ser de fondo y acorde con lo solicitado, asimismo puesta en conocimiento del solicitante, tal y como ocurre en el presente caso, por lo que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, razón por la cual se solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, lo anterior, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“<sup>1</sup>Esta Corporación ha manifestado, que la acción de tutela como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, procede solo en los casos que señale la ley, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia, pues la acción de tutela no ha sido*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-951 del 9 de septiembre de 2005. M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO.



*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.*

*Así mismo, ha señalado que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable”.*

## **2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

Este aspecto ha sido abordado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“<sup>2</sup>Esta Corporación ha manifestado, que la acción de tutela como mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, procede solo en los casos que señale la ley, y no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para que se legitime automáticamente su procedencia, pues la acción

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-951 del 9 de septiembre de 2005. M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO.



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.

Así mismo, ha señalado que la acción de tutela sólo procede en situaciones en las que no existe otro mecanismo de defensa judicial apto para proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, o cuando existiendo no resulte eficaz, al punto de estar la persona que alega la vulneración o amenaza, frente a un perjuicio irremediable”.

### 3. CASO EN CONCRETO

En el caso bajo estudio el accionante **JOVANNA KARINA GALVIS HERNANDEZ**, actuando como representante legal del menor **Z.A.B.G** solicitó la protección de su derecho fundamental de petición y como consecuencia, se ordene a **NUEVA EPS** dar respuesta de fondo conforme al derecho de petición elevado el 25 de julio de 2023.

Ante el panorama expuesto, es menester analizar, en primer lugar, si en el caso bajo estudio se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela; si ello es así, se entrará a determinar si la aludida vulneración se configura o no.

La legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, está dada, en la medida en que es el accionante **JOVANNA KARINA GALVIS HERNANDEZ** actúa como representante legal de la menor Z.A.B.G y es quien dirige la petición ante la **NUEVA EPS** quien está en el deber de dar respuesta a las solicitudes que se presenten en virtud de lo dispuesto en la ley 1755 del 2015.

Frente al requisito de la inmediatez, se observa en las pruebas aportadas, la petición se encuentra dirigida al accionado desde el 25 de julio del 2023, y la presente acción de tutela se elevó el 4 de septiembre del 2023, por lo que transcurrió un término de 39 días, siendo este un término razonable y prudencial.

Cabe recordar que el amparo constitucional resulta procedente en aquellas situaciones en las que, existiendo otros mecanismos judiciales ordinarios de protección, éstos no resultan eficaces o idóneos para la protección efectiva del



derecho fundamental alegado. En el caso concreto, dado que la Constitución Política prevé como contenido esencial del derecho de petición la obtención de “*pronta resolución*”-desarrollado en disposiciones legales que fijan a las autoridades o a los particulares términos breves de respuesta-, y así lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, se advierte que si bien es cierto que existen procesos ante la jurisdicción ordinaria contra la autoridad o el particular que omite o retarda una respuesta debida al ciudadano, éstos no resultan estructuralmente eficaces para la realización efectiva de este derecho.

Por lo expuesto en precedencia, encuentra el Despacho que en el caso *sub examine* se hallan presentes las exigencias consagradas en el artículo 86 de la Constitución Política para que proceda el estudio de fondo de la acción de tutela en lo que toca con la presunta vulneración al derecho de información y documentación por lo que se entrará a determinar si existe o no vulneración de estos por parte de la accionada.

En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho de información y petición se halla en la resolución pronta y oportuna de la solicitud. Si bien la respuesta no siempre ha de ser favorable a los intereses del peticionario, lo mínimo que puede esperar el peticionario es la manifestación, según criterio de la entidad o el particular, emitida dentro de los términos que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, de si tiene o no derecho a lo reclamado, dando las explicaciones legales del caso. De esta forma, la parte actora podría discutir sus derechos ante la jurisdicción pertinente.

La Corte Constitucional en sentencia T-473-2007, reitera el concepto jurisprudencial sobre la respuesta al derecho de petición la cual debe ser de fondo, oportuna, congruente y requiere una notificación efectiva:

*“Tratándose del derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, conlleva que la autoridad requerida, o el particular en los eventos que contempla la ley, emita una pronta respuesta a lo pedido, esto es, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al petitum se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: i) ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses del peticionario; ii) ser congruente frente a la petición elevada; y, iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres*





*presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental.”*

Al descender al caso en concreto, se observa que la **NUEVA EPS** manifestó que dio respuesta a la petición elevada por la promotora y fue puesta en conocimiento a través del correo electrónico aportado [jovannakarina@gmail.com](mailto:jovannakarina@gmail.com) en los siguientes términos:

*“...Se valida documentación adjunta al derecho de petición y no se evidencia ordenamiento por parte médica para el servicio de cuidador.*

*El servicio de cuidador es un trabajo social, el cual debe ser impartido principalmente por los familiares del usuario. Se valida documentación adjunta al derecho de petición y no se evidencia ordenamiento por parte médica para el servicio de cuidador.*

*Aspectos importantes: La figura de Cuidador no reemplaza la Atención Domiciliaria (cuando ésta se requiera). La figura de Cuidador no reemplaza los cuidados paliativos (cuando éstos se requieran). La figura de Cuidador se exime de cobertura por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no es responsabilidad de un profesional del área de la salud, sino de familiares, amigos, personas cercanas del sujeto dependiente.*

*Al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga que se traslade al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*Las Empresas Promotoras de Salud- EPS no deben negar los servicios que hacen parte integral del Plan de Beneficios.*

*Relevante, una cosa es el servicio de “enfermería domiciliaria”, como se señala - enfermería-, habida cuenta que, acorde con lo que se habla en la oficina en todo momento y los lineamientos de la sgj, los servicios y tecnologías en salud que requiera un paciente en el ámbito domiciliario (atenciones paliativa y servicios domiciliarios de enfermería y atención domiciliaria), se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (2292) y por tanto, financiados por la Unidad de Pago por Capitación – UPC, cuyo suministro, por demás está decirlo, resulta obligatorio por parte de las EPS a sus afiliados, empero otra cosa es el servicio de “cuidador”; bajo este contexto fue que la Corte Constitucional en la Sentencia T 096 de 2016, referida en el escrito arriba, efectuó el paralelo entre el servicio de atención domiciliaria como un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud y el de cuidador domiciliario, señalando entre otros, frente a este último que “Las actividades desarrolladas por el cuidador, según lo anterior, no están en rigor estrictamente vinculadas a un servicio de salud, sino que le hacen más llevadera la existencia a las personas dependientes en sus necesidades básicas (...).*

*Indudable, la Sentencia T - 096 de 2016, mediante la que la precitada Corte determinó que “El servicio de cuidador está expresamente excluido del P.O.S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse*



*por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad. (...)*

*A la luz de lo hasta aquí señalado y enfatizando que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud y que, por tanto, por regla general, su financiación no corresponde al sector salud. (...) se determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe. En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud. La Corte ha señalado, de hecho, que el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas.*

*En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos. Lo cierto, las Eps's no están llamadas a prestar el servicio de "cuidador", siempre que se presente una de estas tres condiciones: "(i) Que se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiera de una persona familiar o cercana que se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas. (ii) Que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado. (iii) Que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado(...)"*

Así las cosas, dicha circunstancia exige estudiar la viabilidad de declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, para lo cual se analizará el cumplimiento de los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido para tener por configurada tal figura.

La Corte Constitucional, en sentencia T-238 de 2017, determinó que deben verificarse ciertos criterios por parte del juez de tutela, así:

*"1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.*

*2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.*





3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”. (Subrayado fuera de texto).

Entonces, en el asunto bajo estudio se puede entender que se configura la situación enlistada en el segundo de los eventos antes transcritos, pues la EPS accionada emitió respuesta de forma clara, congruente y de fondo frente a lo solicitado y la misma fue puesta en conocimiento de la accionante con ocasión de este trámite de tutela, tal y como se evidencia en las pruebas aportadas por la accionada, cesando la vulneración del derecho fundamental de petición.

Por lo anterior, se evidencia que la respuesta ofrecida resuelve lo peticionado por el accionante, y aunque esta fue insatisfactoria a sus intereses, debe recordarse que tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al derecho de petición, “**La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado**”, y como quiera que se ha logrado demostrar por parte de la entidad accionada que contestó el derecho de petición de manera clara, congruente y de fondo, se entiende que se configuró el evento de ausencia actual de objeto por hecho superado, tal como se consignará en la parte resolutive de esta providencia

Por lo expuesto, para el Despacho en este caso se configuró un evento de ausencia actual de objeto por hecho superado, tal como se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS DE PIEDECUESTA, SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO** frente al amparo del derecho fundamental de petición incoado por **JOVANNA KARINA GALVIS HERNANDEZ** identificada con la cédula de ciudadanía 1.128.226.406 actuando como representante legal del menor **Z.A.B.G** contra de **NUEVA EPS**, por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.



**SEGUNDO: NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el Artículo 30 del decreto 2591 de 1991, el cual podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia.

**TERCERO: ENVIAR** el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO**  
**JUEZ.**