

## JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL

Soacha, Cund., veinte (20) de septiembre del año dos mil veintidós (2022)

<b>Proceso</b>	Acción de Tutela
<b>Exped. No.</b>	<b>257544003002-2022-0087</b>
<b>Accionante</b>	Erika Tatiana Beleño García, como representante legal de su menor hijo José Tomás Fernández Beleño
<b>Accionado</b>	Famisanar E.P.S.
<b>Asunto</b>	Fallo en primera instancia

La señora **ERIKA TATIANA BELEÑO GARCÍA**, como representante legal de su menor hijo **JOSÉ TOMÁS FERNÁNDEZ BELEÑO** incoó el trámite constitucional de la referencia invocando el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la salud, y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, la dignidad humana, la integridad personal y los derechos fundamentales a los niños, señalados en la Constitución Política de Colombia.

### 1.1. Hechos

Refirió la accionante que su menor hijo nació el 6 de septiembre de 2018, siendo diagnosticado desde su nacimiento con una enfermedad huérfana denominada síndrome de Sturge weber - enfermedad huérfana ya notificada como angiomatosis leptomenígea hemisférica derecha, epilepsia refractaria en polifarmacia, antecedentes de hemisferetomía anatómica 2020, infección respiratoria en resolución.

Señaló, que el menor José tomás Fernández Beleño, se encuentra afiliado a la EPS accionada, como beneficiario del señor Mauricio Fernández Suárez, padre del menor, quien cotiza sobre un salario mínimo.

Agregó, que en lo corrido del año 2022, el menor ha requerido tratamientos constantes, terapias y medicamentos que generan copagos muy costosos para su familia, los que son cubiertos por el padre de su hijo, como único sustento.

Expuso, que el 16 de agosto de 2022, la Fundación Hospital La Misericordia generó orden de 20 fórmulas nutricionales catogénica a base de relación 4.1 (ketovolve), de los cuales el afiliado debe cancelar un copago del 17,3%, con un resultado de pago \$1.000.000, que Cafam Droguería estaba cobrando, ante lo que el citado Hospital concedió un certificado de enfermedad huérfana del menor.



Adujo, que para los meses de julio y agosto de 2022 la EPS accionada no realizó la entrega de la oxcarbazepina medicamento esencial antiepiléptico utilizado en el tratamiento del menor, teniendo que hacerse cargo de esos gastos adicionales.

Por último expuso, que ante el diagnóstico de una enfermedad huérfana, el Estado debe brindar ayuda para tratamiento o medicamentos en caso de no tener los recursos para cubrirlos; de lo contrario se vulneraría el derecho fundamental a la salud. La pretensión principal se centra en el suministro de tratamientos y medicamentos para la enfermedad huérfana y epilepsia que padece el menor, sin dilaciones de ninguna índole y con disminución de los copagos, o en su defecto un auxilio monetario.

### **1.3. Actuación procesal**

La acción fue instaurada **el 7 de septiembre de 2022** y asignada por reparto; y luego admitida con auto del 8 de septiembre siguiente, en el que se ordenó la notificación a las partes accionante y accionada y la vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud.

**E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, a través de La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional, rindió el informe requerido por el Juzgado, señalando sobre las peticiones de la accionante, respecto del medicamento Ketocal se encuentra disponible para entrega a la usuaria, quien indicó pasar a recogerlo lo antes posible.

Agregó, que el menor afiliado, no se encuentra caracterizado como persona con discapacidad, por lo que no es posible emitir concepto de exoneración de copagos por discapacidad, con la indicación que, de existir certificado de discapacidad debe ser radicado en cualquier punto de atención al usuario de la EPS o enviarlo por correo electrónico.

Aunado a lo anterior, invitó a realizar el nuevo proceso de certificación de discapacidad acorde con la Resolución 1239 de 21 de julio de 2022.

Finalmente, alegó temeridad por formular una nueva acción por los mismos hechos y pretensiones invocados y resueltos anteriormente.



Por su parte, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, a través de la Subdirectora Técnica adscrita a la Subdirección de Defensa jurídica, argumentó se cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con facultades de inspección, vigilancia y control. Agregó ser un organismo de carácter técnico con la finalidad que los agentes cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley.

Señaló, que por ser ente de control del Sistema de Salud, no tiene en cabeza el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni tiene la facultad de prestar los servicios de salud, pues aquello corresponde a las EPS.

### **CONSIDERACIONES**

En su artículo 86, la Constitución Nacional consagró un instrumento para que las personas puedan reclamar del Estado, en forma preferente y sumaria, la protección inmediata de los derechos fundamentales consagrados en ella, cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en determinadas eventualidades.

Se trata de una acción subsidiaria y eventualmente accesoria, toda vez que sólo es procedente en ausencia de cualquier mecanismo ordinario para salvaguardar tales derechos *"...salvo que (...) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*, lo cual tiene desarrollo en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 que especifica los eventos de improcedencia.

Sobre la Naturaleza y alcance del **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**, el Máximo órgano Constitucional indica lo siguiente:

*"...Desde hace varios años, la jurisprudencia constitucional viene reconociendo la naturaleza fundamental del derecho a la salud en virtud de su orientación a la realización de la dignidad humana y su expreso reconocimiento constitucional. Sobre este punto, esta Corporación en la sentencia C-936 de 2011[1] expresó: "A pesar de que en un comienzo la jurisprudencia no fue unánime respecto a la naturaleza del derecho a la salud, razón por la cual se valió de caminos argumentativos como el de la conexidad y el de la transmutación en derecho fundamental en los casos de sujetos de especial protección constitucional, hoy la Corte acepta la naturaleza fundamental autónoma del derecho a la salud, atendiendo, entre otros factores, a que por vía normativa y jurisprudencial se han ido definiendo sus contenidos, lo que ha permitido que se torne en una garantía subjetiva reclamable ante las instancias judiciales".*



Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha dejado de señalar que ampara el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal'. En su lugar ha reconocido la 'connotación fundamental y autónoma' del derecho a la salud.

Al respecto, en sentencia T-227 de 2003[2], la Corte estimó que tienen el carácter de fundamental: "*(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*".

De acuerdo a esto, el derecho a la salud es fundamental en razón a que está dirigido a lograr la dignidad humana; asimismo su objeto ha venido siendo definido en los planes obligatorios de salud Ley 100 de 1993, y otras fuentes normativas como instrumentos del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional, entre otras, le otorgan el carácter de derecho subjetivo.

En cuanto al ámbito de protección del derecho fundamental a la salud, la sentencia T-760 de 2008, indicó: "*el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal*".

En relación con el acceso a los servicios de salud que requiera el paciente, la sentencia T-760 de 2008 expuso:

*"Una entidad prestadora de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que requiera, únicamente por el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios. Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad. Además, una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico: 'las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad"*



Adicionalmente, la Corte Constitucional, en virtud del principio a la dignidad humana, ha considerado que el estado máximo de bienestar físico, mental, social y espiritual de una persona, debe lograrse paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión.

Al respecto, esta Corporación en sentencia C-599 de 1998[3] precisó:

*“La consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, de una sola vez, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios”.*

En síntesis, el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su contenido mínimo, así como aquellos definidos por vías normativas como la ley y la jurisprudencia son de inmediato cumplimiento. Los demás contenidos deben irse ampliando y desarrollando paulatinamente conforme al principio de progresividad y no regresión.

#### **2.4. PRINCIPIOS QUE GUÍAN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO A LA SALUD.**

La garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153[4] y 156[5] de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad, entre otros.

**2.4.1. Oportunidad:** Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.

**2.4.2. Eficiencia:** Este principio busca que *“los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente*



*el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir*[6].

**2.4.3. Calidad:** Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos[7]. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.

**2.4.4. Integralidad:** El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir[8].

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento[9].

Sintetizando, el principio de integralidad pretende "(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*"[10].

**2.4.5. Continuidad:** Esta Corporación ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado[11], antes de la recuperación o estabilización del paciente.[12]

Así, una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud[13].

El servicio de atención médica debe prestarse en condiciones de continuidad, lo que implica también que si el tratamiento fue iniciado no podrá ser interrumpido o suspendido injustificadamente, por razones administrativas o presupuestarias, ya que constitucionalmente no es admisible interrumpir o abstenerse de prestar un tratamiento médico ya prescrito e iniciado, pues se estaría incurriendo en un desconocimiento flagrante del principio de confianza legítima[14].

*"Este principio se fundamenta en (i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios y en (ii) el principio de buena fe y confianza legítima que rige las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas (...)"*[15].

La Corte ha señalado que el paciente tiene una expectativa legítima en que las condiciones de calidades de un tratamiento prescrito, no sea interrumpido súbitamente antes de su recuperación o estabilización[16], o por lo menos otorgando un periodo mínimo de ajuste que le permita continuar la prestación del servicio con el mismo nivel de calidad y eficacia[17].



En resumen, las EPS deben garantizar que el acceso a los servicios de salud cumpla con los criterios de calidad, eficiencia, oportunidad, integralidad y continuidad; de no ser así, se transgreden de forma directa los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud...”.

Sobre la **exoneración de copagos y cuotas moderadoras**, se ha puntualizado en Sentencia T-402 de 2018, que:

*“... con el objetivo de evitar que el cobro de copagos se convierta en una barrera para la garantía del derecho a la salud, esta Corporación ha considerado que hay lugar a la exoneración del cobro de los pagos moderadores, en los casos en los cuales se acredite la afectación o amenaza de algún derecho fundamental, a causa de que el afectado no cuente con los recursos para sufragar los citados costos. Particularmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos reglas que el operador judicial debe tener en cuenta para eximir del cobro de estas cuotas: **(i)** cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor<sup>1</sup>; **(ii)** cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente de forma oportuna, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de financiamiento de la cuota moderadora, con la posibilidad de exigir garantías, a fin de evitar que la falta de disponibilidad inmediata de recursos se convierta en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio<sup>2</sup>. (...) En síntesis, la cancelación de cuotas moderadoras y copagos es necesaria en la medida en que contribuyen a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud y protege su sostenibilidad. No obstante, el cubrimiento de copagos no puede constituir una barrera para acceder a los servicios de salud, cuando el usuario no tiene capacidad económica para sufragarlos, por lo que es procedente su exoneración a la luz de las reglas jurisprudenciales anteriormente referidas. Así mismo, el Acuerdo 260 de 2004 que definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema de Salud, estableció que estas deben fijarse con observancia de los principios de equidad, información al usuario, aplicación general y no simultaneidad, siempre en consideración de la capacidad económica de las personas. Así mismo, dispuso el deber de aplicar copagos a todos los servicios de salud con excepción de ciertos casos particulares, dentro de los cuales se encuentran: (i) aquellos en los cuales el paciente sea diagnosticado con una enfermedad catastrófica o de alto costo y (ii) cuando el usuario se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas.”*

Por su parte, el **Acuerdo 260 de 2004** del 4 de febrero de 2004 del Consejo Nacional De Seguridad Social En Salud, por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de

<sup>1</sup> Corte Constitucional, ver entre otras, sentencias T-115 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta ocasión se reiteró lo establecido, entre otras, en las sentencias T-330 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-310 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-115 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Seguridad Social en Salud, establece en el parágrafo segundo de su artículo 6°, que:

*"Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios".*

Sumado a lo anterior el Ahora, frente a la **protección constitucional para los menores de edad con diagnóstico de enfermedades huérfanas**, la legislación ha establecido un trato especial, por connotar una población en estado de vulnerabilidad por representar una estimación de 1 por cada 5.000 personas, que se encuentran en crónico debilitamiento o amenaza de la vida.<sup>3</sup>

En ese orden, la Alta Corporación ha precisado: *"que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.(...)"*<sup>4</sup>

*"Tratándose de menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor importancia, pues se refiere a sujetos de especial protección en consideración a su temprana edad y a su situación de indefensión. En este sentido, el artículo 44 de la Constitución establece que "son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, [...]". El reconocimiento del interés superior del menor, ampliamente considerado por disposiciones de carácter internacional<sup>[44]</sup>, exige al Estado el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores, pues sus derechos fundamentales prevalecen al momento de resolver cuestiones que les afecten."*<sup>5</sup>

Aunado a lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece: **SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN. La atención de niños, niñas** y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, **personas que sufren de enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. **Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud. (...)" -subrayado fuera del texto-

<sup>3</sup> Artículo 140 Ley 1438 de 2011

<sup>4</sup> Sentencia T-402/18

<sup>5</sup> Sentencia T-402/18



Sobre la figura de la **TEMERIDAD**, el **artículo 38 del Decreto 2591 de 1991**, dispone que existe actuación temeraria:

*"Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes".*

Al respecto, ha dispuesto la H. Corte Constitucional en Sentencias T-162 de 2018, que:

*"...la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones: (i) cuando el accionante actúa de mala fe; y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, "la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela".*

2.2.3. Ahora bien, **la temeridad, en sentido estricto, se configura cuando se presentan los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.**

2.2.4. El último de los elementos antes descritos, tiene lugar cuando la actuación del actor denota el propósito desleal de satisfacer su interés subjetivo a como dé lugar, aspecto que "deja al descubierto el abuso del derecho por que deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia".

2.2.5. Por el contrario, **la actuación no es temeraria, cuando si bien se comprueba la existencia de multiplicidad de peticiones de tutela, esta se funda en: (i) la falta de conocimiento del demandante; (ii) el asesoramiento errado por parte de abogados; o (iii) 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 tales casos, "si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera 'temeraria' y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante".**

Al respecto, ha dispuesto la H. Corte Constitucional en Sentencias T-919 de 2004 y T-897 de 2010, que:



*"Así, la temeridad es una utilización impropia de la acción de tutela; en sentencia T-1215 de diciembre 11 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en relación con dicha figura, esta corporación señaló que:*

*"... la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaure nuevamente una acción de tutela. Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda el acervo probatorio que repose en el proceso."*

## **2.5. Problema Jurídico y Caso Concreto**

De acuerdo a lo anterior, corresponde al Despacho establecer si **FAMISANAR E.P.S.** ha vulnerado o puesto en peligro los derechos fundamentales reclamados en favor del menor **JOSÉ TOMÁS FERNÁNDEZ BELEÑO**, por intermedio de su señora madre **ERIKA TATIANA BELEÑO GARCÍA**, de un lado, al no suministrarle los tratamientos y medicamentos ordenados por sus médicos tratantes; y del otro, al no disminuir o exonerar al menor de copagos en las prestaciones del servicio de salud.

Al respecto, se encuentra acreditado dentro del expediente digital lo siguiente:

El menor **JOSÉ TOMÁS FERNÁNDEZ BELEÑO** se encuentra afiliado a **FAMISANAR E.P.S.** en el régimen contributivo en calidad de beneficiario de su señor padre, y con diagnóstico de "EPILEPSIA REFRACTARIA EN POLIFARMACIA", "STURGE WEBER - ENFERMEDAD HUÉRFANA YA NOTIFICADA", "ANTECEDENTES DE HEMISFERECTOMÍA ANATÓMICA 2020 - CRISIS SUBINTRANTES - ANTECEDENTE INFECCIÓN SARS COV2 JUNIO/2022" e "INFECCIÓN RESPIRATORIA EN RESOLUCIÓN", como se avizora en la historia clínica emitida por el Hospital la Misericordia, allegada como medio de probanza a la presente acción de amparo.

Para enervar las pretensiones de la accionante, refirió **FAMISANAR E.P.S.** que emitió las respectivas autorizaciones de medicamentos e invitó a la usuaria para



llevar a cabo el proceso de certificación de discapacidad, a fin de obtener la exoneración de copagos solicitada.

Ahora, sobre el punto objeto de análisis, vale la pena resaltar, que el Decreto 780 de 2016, adicionado por el Decreto 1652 de 2022, prevé todo lo relativo a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalándose allí, de forma específica:

**"2.10.4.6. Excepciones para el cobro de cuota moderadora.** Están exceptuados del cobro de cuota moderadora, además de lo establecido en el artículo 2.10.4.9. de este acto administrativo: 1. Los afiliados en el Régimen Subsidiado, en todos los servicios que requieran. **2. Los afiliados en el Régimen Contributivo**, que deban someterse a prescripciones regulares en los siguientes diagnósticos con sus tratamientos integrales, priorizados por su impacto en la salud de la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...) 2.4. **"Atención de pacientes con enfermedades huérfanas y ultra huérfanas. (...)** Artículo 2.10.4.8. **Excepciones del cobro de copagos.** Los afiliados están exentos de copago, por las atenciones en salud originadas en: 1. Eventos y servicios de alto costo en el régimen Contributivo y Subsidiado: (...) **1.13. Atención integral para el manejo de enfermedades huérfanas de pacientes inscritos en el registro nacional de enfermedades huérfanas. (...)** Artículo 2.10.4.9. **Excepción del cobro de cuotas moderadoras y copagos para grupos o poblaciones especiales.** Además de las excepciones señaladas en los artículos 2. 10.4.6 Y 2. 10.4.8 del presente decreto, **se exceptúa del cobro de cuotas moderadoras y copagos, según corresponda, a los siguientes grupos poblacionales especiales: 1. En el Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado, se exceptúa: (..) 1.13. Las personas que padecen epilepsia a quienes se les garantiza el tratamiento integral de forma gratuita cuando no puedan asumirlo por su condición económica, estarán exceptuados del cobro de cuotas moderadoras y copagos, según lo dispuesto en el artículo 12, numeral 7 de la Ley 1414 de 2010 o las normas que los modifiquen o sustituyan."** - Resaltado fuera del texto-

Así, aterrizados los hechos comprobados a la normatividad y jurisprudencia citados en líneas anteriores, vislumbra el Despacho que, el menor representado padece entre otras de una patología huérfana, lo que de suyo, deja entrever



que actualmente el menor agenciados se encuentra en tratamiento médico a través de los galenos tratantes, quienes le han ordenado los respectivos los servicios de salud con el fin de dar tratamiento a las patologías que padece, en procura al restablecimiento de su salud, por lo que, la E.P.S. **no podía, ni puede** negarse a su prestación, pues se trata de una obligación de orden legal y su retraso pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente, creando una barrera que le impide acceder al servicio público de salud. Luego entonces, se advierte que, la E.P.S. accionada ha vulnerado los derechos fundamentales reclamados por la tutelante.

En este punto es necesario resaltar que el accionante es un menor de edad, quien además padece entre otras, una patología huérfana y una de tratamiento especial, las que por cierto gozan de una protección especial por parte del Estado, como es diáfano en la normatividad que regula la materia y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, por lo que la E.P.S. accionada, no se puede excusar en la hora de ahora, en la falta de un certificado de discapacidad del menor agenciado para evaluar la vialidad de exoneración de copagos, lo que de suyo deja entrever la vulneración encontrada por el Juzgado, pues aquello se debió verificar para la protección de los derechos fundamentales alegados, ya que dichas labores corresponden a cuestiones administrativas directamente de la E.P.S., sin que dicha carga pueda trasladarse al paciente por parte de la entidad aseguradora, quien es la obligada de prestar el servicio de salud.

Por tanto, habrá de ordenarse a **FAMISANAR E.P.S.** por intermedio de este fallo de tutela, **AGENDE Y PRACTIQUE** al menor representado **FERNÁNDEZ BELEÑO** los servicios médicos ordenados por sus galenos tratantes para el tratamiento de las patologías padecidas: "*EPILEPSIA REFRACTARIA EN POLIFARMACIA*", "*STURGE WEBER - ENFERMEDAD HUÉRFANA YA NOTIFICADA*" y "*ANTECEDENTES DE HEMISFERECTOMÍA ANATÓMICA 2020*"; sin imponerle trabas ni obstáculos de carácter administrativo que impidan su acceso al servicio público de salud. Ello atendiendo los principios de inmediatez, prontitud, sin ninguna dilación, y en la forma, especificación y cantidad prescrita en la respectiva orden de servicio.

Es preciso resaltar, que el tratamiento integral **no conlleva la protección de hechos futuros e inciertos**, sino que tal como lo ha manifestado la H. Corte



Constitucional, implica garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar que los ciudadanos interpongan acciones constitucionales con el fin de conseguir protección a sus derechos fundamentales que puedan ser vulnerados por cada prescripción de servicios negados por la entidad prestadora de salud.

Es por ello, que además corresponde a este Despacho Constitucional prevenir a la entidad accionada para que, en lo sucesivo, preste al menor accionante todos los servicios de salud que requiera para el tratamiento de las patologías padecidas tales como: medicamentos, procedimientos, insumos y demás, sin dilación, ni la imposición de cargas administrativas injustificadas, y de acuerdo a las prescripciones efectuadas por su médico tratante.

Desde luego, que, de llegarse a generar costos adicionales o excluidos del PBS en razón al tratamiento, podrá la E.P.S. accionada efectuar el recobro ante el ente respectivo, para lo cual deberá acogerse a los parámetros legalmente establecidos para ese fin. Y, aun cuando se llegue a requerir que deba concederse la facultad de recobro de forma expresa en el presente fallo, no debe así procederse, pues debe tenerse en cuenta que es un aspecto ajeno a la finalidad de la acción de tutela, y que, sólo se materializa para satisfacer un requisito reglamentario de carácter formal.

**Sobre la exoneración de copagos y cuotas moderadoras** que pueda exigir la E.P.S. al momento de prestar los servicios de salud, con relación a la puede decirse, que la **primera regla jurisprudencial** se encuentra probada en este caso, toda vez que, el progenitor del menor puede vulnerar su mínimo vital al asumir el costo del respectivo cobro, pues actualmente se encuentra cotizando al SGSSS con el salario mínimo legal mensual vigente, siendo este el único ingreso económico del núcleo familiar del menor accionante, lo cual no fue desvirtuado por la E.P.S. accionada. Así, como la exigencia de un copago o cuota moderadora no debe obstaculizar la prestación del servicio de salud requerido por la menor accionante, es necesario ordenar que la E.P.S. accionada asuma el **100%** del valor de los servicios ahora reclamados por la paciente.

Finalmente, para establecer si en el plenario se observa configurada la temeridad por parte de la accionante, debe hacerse un comparativo entre los



trámites de tutela de la referencia y el admitido por el **JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE SOACHA-CUNDINAMARCA**, pudiéndose extractar lo siguiente:

(i) Frente a la identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; se observa que aparentemente **recaen sobre el mismo objeto**, en tanto la pretensión de la accionante dentro de la tutela tramitada en el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas, va dirigida también a lograr la prestación efectiva de los servicios médicos requeridos por el menor agenciado.

(ii) **Sí existe identidad de accionante**, toda vez que la otra acción de tutela fue interpuesta por parte de la señora **Erika Tatiana Beleño García**, como representante legal de su menor hijo **José Tomás Fernández Beleño**, quien es la misma persona que acá solicita protección especial.

(iii) **Sí existe identidad del accionado**, pues ambas tutelas van dirigidas contra **FAMISANAR E.P.S.**

No se encontró en el plenario, justificación alguna que haya llevado a la accionante a interponer la acción de tutela de la referencia, casi que a la par de la que se encuentra cursando en el **JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE SOACHA-CUNDINAMARCA**.

No obstante, a pesar del aparente cumplimiento de este último aspecto, no puede tenerse por configurada la figura de la temeridad en el plenario, pues no se encuentra debidamente probada la mala fe o el dolo de la señora **BELEÑO GARCÍA** al momento de presentar la acción de tutela de la referencia. Por el contrario, lo que se observa, es que la accionante se encuentra preocupada por la falta de prestación de los servicios de salud ordenados por su médico tratante, ante la falta de prontitud y eficacia en la que ha incurrido la E.P.S. accionada sobre el particular.

Tampoco puede adecuarse la situación a lo dispuesto por el Decreto 1834 de 2015, por el cual se reglamentan normas en materia de acciones de tutela masivas, ya que dicho precepto se aplica cuando muchas personas acuden de manera copiosa para la protección de sus derechos frente a una acción u omisión



de una misma entidad pública o particular, y en el plenario se trata de única persona que refiere la vulneración a su derecho fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, de la presente providencia se ordenará remitir copia al **JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE SOACHA-CUNDINAMARCA.**, para su conocimiento y fines que estime pertinentes, de cara a la acción constitucional que allí se tramita bajo el radicado 2022-00651.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soacha-Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONCEDER** LA TUTELA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA SALUD, Y A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA, LA DIGNIDAD HUMANA, LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS NIÑOS solicitados por la señora **ERIKA TATIANA BELEÑO GARCÍA**, como representante legal de su menor hijo **JOSÉ TOMÁS FERNÁNDEZ BELEÑO**.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **FAMISANAR E.P.S.** a través de su representante legal o quien haga sus veces, **AGENDE Y PRACTIQUE** todos los servicios de salud que en adelante requiera el menor **JOSÉ TOMÁS FERNÁNDEZ BELEÑO**, por intermedio de su red de prestadores, para tratar las patologías padecidas de "**EPILEPSIA REFRACTARIA EN POLIFARMACIA**", "**STURGE WEBER - ENFERMEDAD HUÉRFANA YA NOTIFICADA**" y "**ANTECEDENTES DE HEMISFERECTOMÍA ANATÓMICA 2020**", siempre que sean ordenadas por su galeno tratante; sin imponerle trabas ni obstáculos de carácter administrativo o económico que impidan su acceso al servicio público de salud. Ello atendiendo los principios de inmediatez, prontitud, sin ninguna dilación, y en la forma, especificación y cantidad prescrita en la respectiva orden de servicio.



**TERCERO: ORDENAR** a **FAMISANAR E.P.S.**, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que **EXONERE** al menor accionante de pagar los copagos o cuotas moderadoras, en lo que corresponde a los servicios de salud ordenados en el ordinal **SEGUNDO** del presente fallo y prescritos por su médico tratante, los cuales serán asumidos en un **100%** por la E.P.S. accionada.

**CUARTO: ADVERTIR** a la E.P.S. accionada que, de ser el caso, podrá recobrar ante la entidad respectiva el monto que tenga derecho a repetir por la prestación de los servicios que de acuerdo a la normatividad vigente no les corresponda asumir, y **PREVENIRLA** sobre la obligación que legalmente le asiste de garantizar la prestación integral de los servicios de salud que pueda requerir la accionante con la debida observancia de los principios y normas que regulan el servicio público de salud, sin que tenga que acudir al uso de la acción de tutela.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** de esta decisión a las partes.

**QUINTO:** En el evento de que no sea impugnada esta decisión, para su eventual revisión remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase.

EL Juez,

**RAFAEL NÚÑEZ ARIAS**

Firmado Por:  
Rafael Nunez Arias  
Juez Municipal  
Juzgado Municipal  
Civil 002  
Soacha - Cundinamarca

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

Código de verificación: **b0d899a015288c038da0e91bf6d1fd9e33100432d5cd10f7cfd55935ff45d7c3**

Documento generado en 21/09/2022 02:55:58 PM

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