

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001 41 05 002 2021 00622 00**

**ACCIONANTE: MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA COMO AGENTE  
OFICIOSO DEL MENOR DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA (HIJO)**

**ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S.**

**VINCULADOS: JUZGADO 06 CIVIL MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ,  
JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, FUNDACIÓN  
HOSPITAL DE LA MISERICORDIA -HOMI**

**S E N T E N C I A**

En Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA COMO AGENTE OFICIOSO DEL MENOR DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA (HIJO) en contra de FAMISANAR E.P.S., en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

**ANTECEDENTES**

MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA COMO AGENTE OFICIOSO DEL MENOR DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA promovió acción de tutela para que le sean protegidos los derechos fundamentales a la salud y la vida presuntamente vulnerados por FAMISANAR E.P.S. y en consecuencia solicita se suministre el coche neurológico con las especificaciones ordenadas por el médico tratante en orden médica de ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Como fundamento de sus pretensiones, el accionante señaló que su hijo nació el ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016) y fue diagnosticado con MICROCEFALIA, que el menor se encuentra afiliado en calidad de beneficiario dentro del régimen contributivo en salud a FAMISANAR E.P.S. y mediante tutela radicado 2018 00879 presentada ante el JUZGADO 6 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, se ordenó a la EPS accionada;

**"...en lo sucesivo disponga prioritariamente la atención de los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes para tratar la patología que padece el menor DILAN MATHIAS POVEDA OCHOA en la FUNDACION HOSPITAL DE LA MISERICORDIA – HOMI, tomando en cuenta, que en caso que se presente un procedimiento o servicio que no se preste en esa entidad, podrá remitirlo a otra IPS de su red prestadora, donde pueda ser atendiendo, siempre prevaleciendo los principios de integralidad y continuidad del tratamiento que requiere el menor. (...)"** (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Decisión confirmada mediante sentencia de segunda instancia proferida el dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018) por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

Enunció que el ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021) la Doctora MARÍA FERNANDA NIETO GARCÍA funcionaria del HOMI, emitió una orden con el fin de que le sea entregado al menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, “DISPOSITIVO DE POSICIONAMIENTO Y MOVILIDAD TIPO COCHE NEUROLOGICO, SEGÚN MEDIDA DE PACIENTE, CON POSIBILIDAD DE CRECIMIENTO, EN MATERIAL ALUMINIO LIVIANO INOXIDABLE, CON CHASIS PLEGABLE, ASIENTO DESMONTABLE, BASCULABLE, CON TACO ABDUCTOR, DESMONTABLE, ESPALDAR RECLINABLE, SOSTEN CEFALICO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD, SOSTEN DE TRONCO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD CON PECHERA DE CUATRO PUNTOS Y CALZON PELVICO, APOYAPIES AJUSTABLE EN ALTURA QUE LLEVE CUELLO DE PIE Y RODILLAS A 90”, CON CORREAS DE SUJECION, RUEDAS POSTERIORES Y ANTERIORES DE 12”, MACIZAS, FRENOS, SISTEMA DE BASCULACION Y RECLINACION PARA ACTIVACION POR CUIDADOR, CAPOTA.”.

Mencionó que debido a que su menor hijo necesita con urgencia el dispositivo y en razón a que no cuenta con medios económicos para costear dicho coche, radicó el nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021), la orden médica ante la accionada sin que le dieran un número de radicación e informándole que debía esperar cinco (5) días para obtener una respuesta.

Señaló que al no evidenciar respuesta por parte de la entidad el veinticuatro (24) de julio de dos mil veintiuno (2021) radicó derecho de petición ante la entidad accionada, la cual dio respuesta el veintisiete (27) del mismo mes bajo el radicado “Q No. 1207568”, negando el insumo solicitado por no estar cubierto por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, por ello el accionante resaltó que no hay razón para que FAMISANAR E.P.S. no entregue el insumo ordenado por la médico tratante en tanto que el menor es una persona discapacitada quien no puede valerse por sí mismo.

Así las cosas, a través de auto de veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se procedió a admitir la acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S. y fue vinculados JUZGADO 06 CIVIL MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA –HOMI.

### **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

**JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** informó que dentro de ese Despacho curso acción de tutela 11001400300620180087900 de MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA contra FAMISANAR E.P.S., en donde se modificó la sentencia de primera instancia en el numeral tercero y confirmó lo demás, resaltó que el veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), la acción de tutela fue remitida a la CORTE CONSTITUCIONAL, siendo la última actuación que realizó por ese Juzgado.

Informó que no conoce si fue objeto de revisión por la CORTE CONSTITUCIONAL, o si frente a esa tutela se presentó incidente de desacato, por cuanto esa corporación fungió como segunda instancia en el proceso, que de la revisión del sistema la tutela se evidencia que la misma fue recibida por el JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ el veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2019) y el doce de mayo del dos mil veinte (2020) fue archivada.

**FAMISANAR E.P.S.**, señaló que el suministro solicitado por la parte accionante no se encuentra autorizado en razón a que no cuenta con cobertura a cargo a la UPC, por lo que no se puede financiar con los recursos públicos al Sistema de Salud y menos al presupuesto máximo establecido.

Recalcó que el MINISTERIO DE SALUD, estableció un listado de servicios y tecnologías excluidos y no pueden ser financiados con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud, entre ellos la del paciente, por lo que indicó que quedó demostrado que esa entidad ha desplegado las actuaciones tendientes a cumplir con lo ordenado por la galena tratante, que no se puede endilgar omisiones a FAMISANAR EPS en tanto que está reconociendo las obligaciones legales y ante la evidencia de ausencia de vulneración y amenaza de derecho fundamental por parte de esa entidad, las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar en contra de la accionada, solicitando la improcedencia de la acción.

Por último, explicó que existe una imposibilidad fáctica y jurídica de FAMISANAR E.P.S. para dar cumplimiento a la sentencia en caso de que se llegaren a amparar los derechos, en tanto que la entidad no puede actuar en contra de las normas que dicta el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**FUNDACIÓN HOSPITAL PEDIÁTRICO LA MISERICORDIA - HOMI**, indicó que de conformidad con la última valoración al menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, el mismo registra diagnóstico por *“PARÁLISIS CEREBRAL TIPO CUADRIPLÉSIA ESPÁSTICA GMFCS-V, MICROCEFALIA, LISENCEFALIA TIPO I, TRASTORNO SEVERO DE MIGRACIÓN NEUROBLÁSTICA, SECUNDARIO A ZIKA???, TRASTORNO DEGLUTORIA EN FASE PREPARATORIA ORAL SIN RIESGO DE ASPIRACIÓN, ESCOLIOSIS DORSOLUMBAR CON ÁNGULO DE COBB DE 14 GRADOS - CONVEXIDAD IZQUIERDA, DISPLASIA CONGENITA DE CADERA, LUXACIÓN DE CADERA DERECHA CON REDUCCIÓN ABIERTA, OSTEOTOMÍA TIPO SALTER Y TENOTOMÍA EN SEPTIEMBRE 2020 + APLICACIÓN DE MATERIAL MIORRELAJANTE ISQUIOTIBIALES, ADUCTORES, PSOAS, COMPLEJO GASTROSOLEO, BRACHIORADIALIS, EPILEPSIA FOCAL SINTOMÁTICA RÁPIDA GENERALIZACIÓN MIOCLONIAS SUBCORTICALES”*, en cuanto al suministro de coche neurológico, tratamiento integral y demás es responsabilidad de la EPS y/o aseguradora del paciente la entrega de dichos suministro de conformidad con la necesidad del solicitante.

Por lo anterior, concluyó que no existe una conducta concreta para determinar una afectación a los derechos fundamentales a la salud y vida del paciente, por parte de la entidad por lo que solicitan su desvinculación del presente trámite constitucional.

**JUZGADO SEXTO (6°) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C**, señaló que tuvieron en su conocimiento tutela 2018 – 879 de MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA actuando como agente oficioso de su hijo DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA contra FAMISANAR E.P.S., la cual tuvo sentencia el treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018), providencia que fue impugnada correspondiendo el estudio al JUZGADO 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, quien a través del proveído del dieciséis (16) de octubre, procedió a modificar la sentencia de instancia en lo respectivo al numeral tercero.

Que el diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021) el señor MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA interpone incidente de desacato señalando que FAMISANAR EPS

no ha dado cumplimiento a la sentencia proferida por el JUZGADO 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en lo referente a la prestación del servicio de transporte que requería su menor hijo para asistir a las citas y controles ordenados por sus médicos tratantes, junto con la desatención de FAMISANAR EPS respecto de la orden de servicios integrales de salud en la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA – HOMI, que en razón a ello se requirió a FAMISANAR EPS con el fin que acreditara el cumplimiento a la sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018), que como resultado se determinó por parte de ese Despacho que FAMISANAR EPS no ha incurrido en desacato.

Aclaró que las sentencias del treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018) del JUZGADO 6 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ y dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018) del JUZGADO 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, fueron enfocadas en las órdenes médicas y las situaciones descritas en la tutela 2018 00879, mientras que las órdenes emitidas actualmente no fueron estudiadas en dicha tutela en ese sentido, no pueden ser analizadas las pretensiones y las órdenes mediante un desacato, lo anterior teniendo en cuenta que el espíritu del incidente de desacato es velar por las órdenes proferidas en sentencias de tutelas, siendo improcedente decidir sobre situaciones que no fueron objeto de estudio por esa corporación.

Por ello, adujo que las pretensiones que persigue actualmente el accionante se apartan de las decisiones tomadas en la acción de tutela 2018 00879 y reiteró que no se emitió una orden de servicios integrales por lo que el suministro del coche neurológico con las especificaciones ordenadas por el médico tratante por orden del ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021), debe resolverse en la presente acción tutelar.

Expresó que la acción de tutela 2018 00879, se remitió a la Corte Constitucional y regresó a ese Despacho el veintinueve (29) de mayo de dos mil veintinueve, sin ser objeto de revisión por la alta corporación.

Finalmente y acorde con lo anterior solicitó la desvinculación de ese Despacho en tanto que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

**MINISTERIO DE SALUD** señaló que a la entidad no le constan los hechos de la presente acción de tutela, en tanto que no está dentro de sus competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección y vigilancia y control del sistema de salud, solo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, por lo que desconocen los antecedentes y las consecuencias narradas en los hechos de la presente acción.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicando que la presente acción es improcedente por falta de legitimidad en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad por parte de esa entidad, por cuanto no ha vulnerado los derechos solicitados por el accionante y solicitó la exoneración de la entidad frente a la presente acción de tutela.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si la entidad FAMISANAR EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad del menor DILAN MATHÍAS POVEDA

4

OCHOA al abstenerse de autorizar el coche neurológico con las especificaciones ordenadas por el médico tratante el ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

## CONSIDERACIONES

### De la acción de tutela

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### Del derecho a la salud y a la seguridad social.

El artículo 48 de la Constitución Política regula el derecho a la seguridad social y lo señala como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”*; por otra parte el artículo 49 del texto constitucional dispone que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”*, así las cosas es deber del Estado garantizar el acceso de todas las personas a los planes y programas de promoción, prevención y recuperación en esa materia.

En dicho sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-770 de 2011<sup>1</sup> reiteró las dos aristas desde las cuales debe ser percibido el derecho a la salud: i) es un servicio público esencial y ii) es un derecho, sin embargo, ambos enfoques son codependientes. La protección de este derecho se encuentra a cargo del Estado, quien debe *“organizar, dirigir, reglamentar y establecer las políticas públicas tendientes a que las personas privadas y las entidades estatales de los diferentes órdenes, presten el servicio para que el derecho sea progresivamente realizable.”*

De igual forma se ha señalado por la jurisprudencia citada que la efectiva prestación del servicio de salud responde a los principios de Eficiencia, Universalidad y Solidaridad, y se logra permitiendo que todas las personas accedan a ese derecho y que ello se haga de acuerdo con un adecuado manejo de los recursos asignados al ente estatal que brinda el servicio.

Además, la protección a los usuarios del Sistema debe ser integral y esto se logra ofreciéndoles atención de calidad, oportunidad y eficacia en los diversos tratamientos a los que accedan, lo anterior con el fin de garantizar el mentado derecho fundamental.

Sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud ha dicho la Corte Constitucional que:

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 770 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

*“Las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad. (Sentencias T-179/00, T-988/03, T- 568/07, T-604/08 T-136/04, T-518/06, T-657/08, T-760/08, entre otras).*

De igual forma, se ha establecido que el servicio no solo debe ser prestado de forma integral sino también de forma continua, es decir, que cuando haya iniciado un tratamiento, éste no puede ser interrumpido o suspendido injustificadamente. De lo anterior, se deduce la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud, que se evite la suspensión de los tratamientos médicos en forma injustificada, con fundamento en motivaciones administrativas o presupuestales que impliquen la afectación del principio de confianza legítima del paciente en la EPS y por consiguiente, en el Estado.

#### **De la necesidad de orden médica para acceder a los servicios de salud.**

Ha dispuesto el máximo órgano constitucional en diversa jurisprudencia la importancia de la existencia previa de orden médica para poder acceder a las peticiones de servicios de salud, no obstante, este criterio ha presentado diferentes matices, los cuales explica este Despacho así:

**Sentencia 423 De 2013, M.P.** Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: adujo que el requisito de orden médica para acceder a los servicios de salud es innecesario cuando se está ante hechos notorios que desbordan su evidente necesidad.

Así las cosas, se puso de ejemplo la sentencia T-053 de 2009, en donde se tenía un diagnóstico de parálisis cerebral y epilepsia parcial de difícil control y se ordenó a la EPS accionada proporcionar al paciente pañales desechables necesarios para mantener sus condiciones higiénicas, servicio médico domiciliario y los medicamentos requeridos a domicilio, sin acreditar prescripción médica alguna.

**Sentencia 552 De 2017, M.P.** Cristina Pardo Schlesinger: resaltó la importancia del criterio científico en concordancia con los postulados constitucionales de la irrenunciabilidad y autonomía del derecho a la salud.

Reiteró que:

*“los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, [un juez] podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos, [medicamentos o implementos] que son ineficientes respecto de la patología del paciente (...) lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”*

*En consecuencia, la actuación del operador judicial está sujeta a la garantía del derecho al diagnóstico de los usuarios del sistema de salud pública. La manera de establecer un tratamiento idóneo y eficaz para el tratamiento de un paciente se da en el escenario de relación entre el médico y el paciente. Es el profesional de la salud quien tiene el conocimiento científico y por su contacto con el enfermo es quien puede establecer el tratamiento más eficaz de la enfermedad que padece.*

***En ese orden de ideas, los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el acceso a este tipo de insumos, en concreto la existencia de una orden médica, ha admitido excepciones que por razones constitucionales buscan priorizar el goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos y evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas.***” (Negrilla extra - texto)

### **Requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia**

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha precisado<sup>2</sup> que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Por lo anterior, como lo resaltó la **sentencia T-017 de 2013**, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del POS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

La **sentencia T-224/20** citó la sentencia **T-760 de 2008**, en donde se resumieron las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

*“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.*

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-171 de 2016. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

Entre los insumos, elementos, tratamientos y servicios médicos NO POS, se cuentan los pañales desechables, insumos de aseo y cuidado para la piel, sillas de ruedas, camas hospitalarias, servicio de transporte y servicio de enfermería.

Así las cosas, en la sentencia a que se ha venido haciendo referencia se estableció:

*“La jurisprudencia constitucional ha considerado que si bien estos no corresponden en estricto sentido al concepto de servicios médicos, sin duda constituyen elementos indispensables para garantizar que las personas que se ven sometidas a ciertos padecimientos que los requieran, puedan llevar una vida en condiciones dignas.”*

Finalmente, cabe señalar que la valoración de la capacidad económica del accionante debe ser cualitativa y no cuantitativa. De manera que su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante. Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.

### **CASO CONCRETO**

En el caso bajo estudio pretende MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA se protejan los derechos fundamentales de su menor hijo DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA presuntamente vulnerados por FAMISANAR E.P.S., autorizar el coche neurológico con las especificaciones ordenadas por el médico tratante en orden médica el ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

En primer lugar, es necesario realizar el análisis de si lo solicitado a través de la presente acción constitucional es procedente, en tanto que expresa la parte accionante que entabló acción de tutela 2018 879 que en primera oportunidad le correspondió el estudio al JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, quien profirió sentencia el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021) en la cual resolvió:

**“PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud, la vida y seguridad social del menor **DILAN MATHIAS POVEDA OCHOA**, quien actúa representado por su padre **MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** la Directora de Gestión del Riesgo Poblacional **ELIZABETH FUENTES PEDRAZA**, que en lo sucesivo disponga prioritariamente la atención de los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes para tratar la patología que padece el menor **DILAN**

**MATHIAS POVEDA OCHOA** en la **FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA – HOMI**, tomando en cuenta, que en caso que se presente un procedimiento o servicio que no se preste en esa entidad, podrá remitirlo a otra IPS de su red prestadora, donde pueda ser atendiendo, siempre prevaleciendo los principios de integralidad y continuidad del tratamiento que requiere el menor.

**TERCERO:** Frente a las demás pretensiones, negar la petición de tutela.”

Actuación que fue impugnada y remitida para el conocimiento del JUZGADO 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, quien en sentencia del dieciséis de octubre de dos mil dieciocho (2018), modificó la sentencia de instancia indicando:

**“PRIMERO: MODIFICAR** únicamente el numeral tercero de la sentencia de tutela adidada(sic) 31 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Sexto (6°) Civil Municipal de Bogotá; en consecuencia, **ORDENAR A FAMISANAR EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, en el ámbito de sus funciones realice las gestiones administrativas necesarias para prestar el servicio del transporte al menor **DILAN MATHIAS POVEDA OCHOA**; todo con fines que pueda asistir a los diferentes controles médicos que le sean programados, con ocasión de la 3 enfermedad diagnosticada microcefalia, lisencefalia “parálisis cerebral” y según así lo ordenen sus médicos tratantes”

En tal razón y previo a realizar el estudio respecto a la vulneración de los derechos fundamentales elevados por la parte accionante, es necesario en primer lugar analizar si en la presente acción de tutela se configura el fenómeno de cosa juzgada, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T – 190 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido indicó:

*“La Corte Constitucional ha identificado tres elementos que permiten advertir cuándo se configura el fenómeno de la cosa juzgada: identidad jurídica de las partes, identidad de causa e identidad de objeto (...)”*

Mencionado lo anterior, se tiene entonces frente a los elementos indicados, lo siguiente:

1. “(...) *identidad Jurídica de las partes (...)*”, se tiene que dentro de la acción de tutela estudiada por el JUZGADO 6 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ y modificada por el JUZGADO 3 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y la que se estudia en el presente asunto, los sujetos procesales son:

Tutela 2018 00879	Tutela 2021 00622
MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA COMO AGENTE OFICIOSO DEL MENOR DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA	MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA COMO AGENTE OFICIOSO DEL MENOR DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA
FAMISANAR EPS	FAMISANAR EPS

De donde se puede concluir que son los mismos sujetos procesales en las dos acciones constitucionales.

2. “(...) *identidad de causa (...)*”, se evidencia que la identidad de causa gira entorno a la similitud o igualdad de los hechos que contengan las dos acciones constitucionales en estudio, encontrando que en la tutela radicado No. 2018 00879, el accionante en sus hechos (Folio 60 PDF 009) manifestó la situación en la cual se encontraba frente a las decisiones tomadas en su momento por FAMISANAR EPS, por brindar los servicios en distintas IPS y lo que generaba que el menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA tuviese que ser desplazado por la ciudad, generando complicaciones en el tratamiento y evolución del menor, teniendo en cuenta que los servicios se venían presentando en la FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA DE BOGOTÁ – HOMI, ahora en la acción de tutela 2021 00622 perteneciente al estudio de este Despacho, las situaciones fácticas se centran en que el señor MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA solicitó a FAMISANAR EPS, diera trámite a la orden impartida por la médico tratante respecto a la entrega de una silla coche con características especiales al menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, necesaria para su transporte y evolución de su patología, sin embargo, la EPS se ha negado a dar respuesta a sus solicitudes y a realizar la entrega del dispositivo funcional.

Al respecto debe indicar esta Juzgadora que los hechos entre las acciones de tutela no son los mismos o tan siquiera similares, por lo que no se configura una identidad de causa entre la acción de tutela 2018 00879 y la asignada a este Despacho 2021 00622, por lo que no se tiene por cumplido este requisito.

3. “(...) *identidad de objeto (...)*” respecto a este punto la Corte Constitucional en sentencia T- 219 de 2018, M.P. Alejandro Linares Castillo, señaló el concepto de forma amplia, indicando:

*“La identidad de objeto implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras “cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”*”

Acorde con la sentencia a que se acaba de hacer referencia, para esta Juzgadora es claro que no se trata del mismo objeto en las dos acciones de tutela que se han venido analizando, en la medida que en la que cursó en el JUZGADO 6 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ lo pretendido era que se tutelaran sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna y en consecuencia se ordenara a FAMISANAR “(...) *ordenar el tratamiento integral en una sola clínica donde se encuentre todos los especialistas que el menor requiere para su discapacidad, en este caso la clínica la misericordia de Bogotá “HOMI”, transporte y auxiliar de enfermería que requiere para el traslado a sus terapias los días la (sic) a semana que requiera el menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, para la patología denominada “parálisis cerebral” que padece, en las cantidades y durante el tiempo que indiquen los Médicos Tratantes.*” (Folio 60 PDF 001), mientras que en la presente tutela los solicitado es que se protejan los derechos fundamentales a la salud y vida y en consecuencia se ordene a “FAMISANAR EPS y/o a quien corresponda, que suministre el choche neurológico con las especificaciones ordenadas por médico tratante en orden médica de fecha 08

de julio de 2021” (Folio 3 PDF 001), por lo tanto tampoco se configura el requisito frente a la identidad de objeto entre las acciones de tutela analizadas.

En razón al estudio realizado previamente, se tiene que no existe cosa juzgada frente a la solicitud elevada por la parte activa del presente proceso, en tanto que no se cumplen los requisitos estimados y dispuestos por la Corte Constitucional, para poder declarar de esa manera la presente acción tutelar.

Superado lo anterior, con el fin de desatar la solicitud de amparo constitucional, el Despacho procedió a verificar la documental aportada en el plenario, de la cual se evidenció que con el escrito de tutela el accionante allegó documental denominada “DEPARTAMENTO IMÁGENES DIAGNOSTICAS” en donde se le realizó una “**RESONANCIA MAGNÉTICA SIMPLE DE CEREBRO**” al menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA (Folio 26 PDF 001), de la que se logró extraer un título descrito como “**HALLAZGOS**” en el que se consignan datos de relevancia respecto del estado de salud del menor, como son:

1. “Alteración en la relación craneofacial por microcefalia”
2. (...) pérdida de volumen del parénquima encefálico de ambos hemisferios cerebrales con adelgazamiento de la corteza y de la sustancia blanca supratentorial.”
3. “Simplificación en el patrón de surcación de ambos hemisferios cerebrales, con aplanamiento de ambas cisuras de Silvio. Asimismo hay atrofia de ambas formaciones hipocampales”
4. “arcado adelgazamiento por disgenesia del cuerpo calloso”

De igual forma, en documento denominado “**RECOMENDACIONES**” (Folio 25 PDF 001) del ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021) se logra evidenciar, el diagnóstico que padece el menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA:

1. “**Q02X MICROCEFALIA**”

Así como también, se evidencia la orden médica emitida por la doctora MARÍA FERNANDA NIETO GARCIA que señala:

208 ...  
SE SOLICITA DISPOSITIVO DE POSICIONAMIENTO Y MOVILIDAD TIPO COCHE NEUROLOGICO, SEGÚN MEDIDA DE PACIENTE, CON POSIBILIDAD DE CRECIMIENTO, EN MATERIAL ALUMINIO LIVIANO INOXIDABLE, CON CHASIS PLEGABLE, ASIENTO DESMONTABLE, BASCULABLE, CON TACO ABDUCTOR, DESMONTABLE, ESPALDAR RECLINABLE, SOSTEN CEFALICO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD, SOSTEN DE TRONCO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD CON PECHERA DE CUATRO PUNTOS Y CALZON PELVICO, APOYAPIES AJUSTABLE EN ALTURA QUE LLEVE CUELLO DE PIE Y RODILLAS A 90°, CON CORREAS DE SUJECION, RUEDAS POSTERIORES Y ANTERIORES DE 12", MACIZAS, FRENOS, SISTEMA DE BASCULACION Y RECLINACION PARA ACTIVACION POR CUIDADOR, CAPOTA.

*Maria Fernanda Nieto*

MARIA FERNANDA NIETO GARCIA  
Reg. MD. 60448584  
MEDICINA FISICA Y REHABILITACION

Acorde con lo expuesto, recuerda este Despacho que la salud además de un derecho fundamental es un servicio público esencial, por lo cual se encuentra ligado al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente, constante y oportuna, sin que exista justificación válida alguna que excuse a la entidad encargada de prestar servicios de salud

incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general y con sus afiliados y beneficiarios en particular, por lo que tratándose de un insumo que no se encuentra dentro del Plan de Beneficios de Salud (PBS), procede el Despacho a realizar el análisis de la procedencia del mismo.

Este Despacho considera que en el presente caso resulta procedente por vía de tutela, se dé cumplimiento a lo ordenado por el médico tratante, en la medida que se cumplen los criterios establecidos por la Corte Constitucional, es decir, *“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad.”*, situación que es plenamente evidenciada de conformidad con el diagnóstico que posee el menor esto es una MICROCEFALIA de la misma manera se evidencia que la ausencia de la silla prescrita pone en riesgo la integridad y dignidad del paciente más cuando se trata de un menor de edad, de conformidad con el registro civil de nacimiento (Folio. 9 PDF 001.), del que se desprende que cuenta con cinco (5) años, siendo a todas luces un sujeto de especial protección constitucional.

En cuanto al segundo criterio *“(ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad,”* por ser un insumo con características especiales, este instrumento no se asimila a ningún otro, con el cual el menor pueda acceder a una vida en condiciones dignas respecto de su diagnóstico, más aún cuando con antelación se indicó y fue probado con los medios aportados al plenario que el menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, cuenta con una afectación física por su patología, tal como se señala de los hallazgos evidenciados en la resonancia magnética simple de cerebro realizada al menor (Folio 26 PDF 001)

Frente al tercer requisito, *“(iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;”* se cumple con la orden suscrita por la doctora MARÍA FERNANDA NIETO GARCÍA (MEDICINA FÍSICA Y REHABILITACIÓN), (Folio. 25 PDF 001.)

Respecto del último requisito *“(iv) que la capacidad económica del paciente le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”*, la parte accionante en el hecho séptimo (7°) de su escrito de tutela indicó *“Debido a que mi menor hijo necesita con urgencia dicho dispositivo y como no cuento con los recursos económicos para costear el respectivo coche (...)”*, por ello, en aras de verificar la condición económica del accionante, el Despacho como prueba de oficio consultó el estado de afiliación del señor MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA, del Registro Único de Afiliados (RUAF) del MINISTERIO DE SALUD, certificado del que se desprende que el actor se encuentra como cotizante en el sistema de salud, lo que además se corrobora con los documentos aportados contentivos de las órdenes e historia clínica de su menor hijo, a pesar de ello, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que es deber de la EPS accionada ante la manifestación de la parte actora respecto de la ausencia de la capacidad económica, desvirtuar con los medios a su alcance tal afirmación, sin que en el presente caso haya ocurrido.

Así lo sostuvo dicha Corte en la sentencia T-178 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo sostuvo *“La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos. Esta Corporación ha*

*establecido que, en la medida que las EPS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas se tengan como prueba suficiente. y acorde con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia*

Teniendo en cuenta que la EPS no se encargó de desvirtuar lo sostenido por el actor en el escrito de tutela, para este Despacho queda acreditada la falta de capacidad económica del accionante para costear la silla que se petitiona a través de esta acción.

Por lo expuesto, no es una excusa válida, por parte de FAMISANAR E.P.S., el que la silla solicitada por el señor MANUEL FERNANDO POVEDA ATARA, en calidad de agente oficioso de DILAN MATHIAS POVEDA OCHOA, no se encuentre dentro de la cobertura como servicio con cargo a la UPC, en tanto que esto no puede significar un obstáculo para la aprobación y entrega del insumo médico, más aún cuando quedó demostrado que se cumplen los requisitos establecidos jurisprudencialmente para la entrega del mismo.

De conformidad con lo anterior, concluye el Despacho que están en riesgo los derechos fundamentales a la salud y vida digna del menor DILAN MATHÍAS POVEDA OCHOA, por lo cual se hace necesario amparar los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana.

En consecuencia, se ordenará a FAMISANAR E.P.S. a través de su representante legal ELÍAS BOTERO MEJÍA o quien haga sus veces, para que en el término máximo de un (01) mes contado a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, realice la entrega de forma efectiva, del “(...) *DISPOSITIVO DE POSICIONAMIENTO Y MOVILIDAD TIPO COCHE NEUROLOGICO, SEGÚN MEDIDA DE PACIENTE, CON POSIBILIDAD DE CRECIMIENTO, EN MATERIAL ALUMINIO LIVIANO INOXIDABLE, CON CHASIS PLEGABLE, ASIENTO DESMONTABLE, BASCULABLE, CON TACO ABDUCTOR, DESMONTABLE, ESPALDAR RECLINABLE, SOSTEN CEFALICO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD, SOSTEN DE TRONCO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD CON PECHERA DE CUATRO PUNTOS Y CALZON PELVICO, APOYAPIES AJUSTABLE EN ALTURA QUE LLEVE CUELLO DE PIE Y RODILLAS A 90”, CON CORREAS DE SUJECION, RUEDAS POSTERIORES Y ANTERIORES DE 12”, MACIZAS, FRENOS, SISTEMA DE BASCULACION Y RECLINACION PARA ACTIVACION POR CUIDADOR, CAPOTA.*”, de conformidad con la orden médica de ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021).

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

## **RESUELVE**

**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud, vida, e integridad personal del menor DILAN MATHIAS POVEDA OCHOA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S.** a través de su representante legal **ELÍAS BOTERO MEJÍA** o quien haga sus veces, para que en el término máximo de un (01) mes contado a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, realice la entrega de forma efectiva del “(...) *DISPOSITIVO DE POSICIONAMIENTO Y MOVILIDAD TIPO COCHE NEUROLOGICO, SEGÚN MEDIDA DE PACIENTE, CON POSIBILIDAD DE CRECIMIENTO, EN MATERIAL ALUMINIO LIVIANO INOXIDABLE, CON CHASIS PLEGABLE, ASIENTO DESMONTABLE, BASCULABLE, CON TACO ABDUCTOR, DESMONTABLE, ESPALDAR RECLINABLE, SOSTEN CEFALICO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD, SOSTEN DE TRONCO AJUSTABLE EN ALTURA Y PROFUNDIDAD CON PECHERA DE CUATRO PUNTOS Y CALZON PELVICO, APOYAPIES AJUSTABLE EN ALTURA QUE LLEVE CUELLO DE PIE Y RODILLAS A 90”, CON CORREAS DE SUJECION, RUEDAS POSTERIORES Y ANTERIORES DE 12”, MACIZAS, FRENOS, SISTEMA DE BASCULACION Y RECLINACION PARA ACTIVACION POR CUIDADOR, CAPOTA.*”, de conformidad con la orden médica del ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021) visible a folio 25 del expediente.

**TERCERO: ADVERTIR** que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20- 11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico **JO2LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.**

**CUARTO:** En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remitase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**QUINTO:** publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**Paula Carolina Cuadros Cepeda**  
**Juez Municipal**  
**Laborales 2**  
**Juzgado Pequeñas Causas**  
**Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

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:

**94b85052a1bc3690826f3040683c34d6bf40b4a3b4663645c9a61c5125f0e  
d5f**

Documento generado en 01/09/2021 03:56:49 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**