REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 115

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, marzo veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA:	**81-736-31-84-001-2022-00049-01**
RAD. INTERNO:	**2022-00060**
ACCIÓN:	**TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**
ACCIONANTE:	**MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ** y **DANNY PATIÑO BARBOSA como representante legales del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO**
ACCIONADOS:	**NUEVA EPS**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, como representantes legales del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, contra la sentencia de febrero 16 de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena - Arauca[1], mediante la cual declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados.

ANTECEDENTES

Los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, manifestaron en su escrito de tutela[2], que su menor hijo JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, de 3 años de edad, se encuentra afiliado en el régimen contributivo de salud de la NUEVA EPS en calidad de beneficiario categoría B.

---

[1] Dr. Gerardo Ballesteros Gómez
[2] Cdno digital del Juzgado, Ítem 3 Fls. 1 a 18

Indicaron que el infante desde los 8 meses de edad presentó un retraso en su desarrollo, que una vez adelantadas las consultas médicas con especialistas, el 19 de abril de 2021, la Junta de Enfermedades Neuromusculares del Instituto Roosevelt ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. le diagnosticó la enfermedad huérfana de *«atrofia de la médula espinal tipo 2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*.

Informaron que en control médico del 31 de mayo de 2021, el referido centro especializado realizó la segunda Junta de Enfermedades Neuromusculares y la primera Junta de Sedestación y confirmaron que el menor PATIÑO ZAMBRANO presenta *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*, razón por la cual ordenaron la prestación de algunos servicios de salud.

Expusieron, que ante la negativa de la NUEVA EPS en otorgar los insumos dispuestos por el médico tratante presentaron acción de tutela, trámite que se adelantó al interior del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca bajo el Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00, que culminó con la emisión de la sentencia de fecha 12 de octubre de 2021, en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: TUTELAR PARCIALMENTE** el derecho fundamental a la vida digna, igualdad, salud y seguridad social del accionante MONICA KARINA ZAMBRANO NIÑO Y DANNY PATIÑO BARBOSA COMO AGENTE OFICIOSO DE JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta decisión, si aún no lo ha hecho, realicen las gestiones administrativas, presupuestales y logísticas con el fin de garantizarle de forma ágil la presentación del servicio médico integral del menor de edad JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO de acuerdo a su diagnóstico y en los del médico tratante, debiéndose prestar, en lo sucesivo y en forma efectiva e integral los servicios de salud a que tiene derecho así como toda la atención requerida, entendiéndose por integral, autorización de exámenes, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos, equipos, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las IPS, para el caso en concreto para la autorización, asistencia para los exámenes y **"silla coche para niño a la medida del paciente con sistema de Basculamiento manual, sistema de crecimiento, reclinamiento manual, espaldar firme y asiento firme, soporte anatómico para cabeza en tela respirable, cinturón pélvico, pechera tipo mariposa, soportes laterales de tronco graduables en altura removibles y ergonómicos contorneados largos, cojín abductor de cadera que permita abducción de 30°, estructura desmontable, plegable en 3 módulos, cantidad UNO (1) / Atrofia muscular espinal", igualmente la atención médico integral en la realización de procedimientos que se le prescriba del instituto Roosevelt y/o médico tratante o los especialistas que formulen un medicamento o tratamiento,** razones por las cuales necesita de un tercero para acudir a la atención médica, además de todos los servicios en salud requeridos y que deben ser prestados de manera integral.*

> ***TERCERO: SE NIEGA** la exoneración por concepto de atención en salud que se le prescriba y autorice la accionada, por copagos y cuotas de recuperación, debido a que la accionante pertenece al régimen contributivo siendo una obligación para sus afiliados pagar estos copagos (…)»*

Aclararon que, si bien existe un fallo de tutela mediante el cual se ampararon los derechos fundamentales de su hijo JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, en el *sub examine «existen nuevas situaciones fácticas»* para la presentación de esta acción, como pasan a exponer.

Indicaron que el menor PATIÑO ZAMBRANO, como consecuencia de sus actuales padecimientos, acudió los días 27 de septiembre y 27 de noviembre de 2021 a controles en el Instituto Roosevelt ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., programándose nueva consulta para el 11 de enero de 2022; sin embargo, luego de acudir a las instalaciones de la NUEVA EPS para la autorización del transporte aéreo, la entidad negó su solicitud por *«no existir soporte alguno por parte del médico tratante en donde indicara que debía ser aéreo»*, escenario que llevó a los progenitores del infante a sufragar estos gastos particularmente.

Asimismo, señalan, que atendida la dependencia física y emocional del paciente y teniendo en cuenta que como progenitores del menor ejercen labores diurnas es indispensable que se autorice por la NUEVA EPS a favor de JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO un cuidador domiciliario por doce (12) horas, la entrega de insumos que permitan sobrellevar su vida en condiciones dignas, al igual que los gastos complementarios de salud, esto es, transporte intermunicipal aéreo, alojamiento y alimentación.

Consideran, por lo tanto, que no obstante que en el fallo de tutela con Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 se negó la exoneración de copagos y cuotas de recuperación, en este caso debe aplicarse dicho beneficio toda vez que el tratamiento del menor es de alto costo.

Conforme a lo anterior, requirieron el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO para que, como consecuencia de ello, se ordene a la NUEVA EPS: *(i)* autorice el servicio de un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas de manera permanente; *(ii)* suministre el servicio de transporte intermunicipal vía aérea, hospedaje y alimentación, las veces que sea remitido fuera de su lugar de residencia; *(ii)* entregue dos (2) unidades mensuales de crema antipañalitis y ciento ochenta (180) unidades mensuales de pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*,

etapa 4, y; *(iv)* exonere al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación.

Como medida provisional solicitó ordenar a la NUEVA EPS coordinar, articular y garantizar la prestación de los anteriores servicios médicos, con ocasión a la patología de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*.

Anexó como prueba de sus afirmaciones los siguientes documentos: consulta por psiquiatría infantil de fecha 28 de mayo de 2021[3]; solicitud de autorización de servicios No. 14511 del 28 de mayo de 2021[4]; historia clínica del 12 de marzo de 2021[5]; consulta por medicina física y rehabilitación de abril 19 de 2021[6] y mayo 31 de 2021[7]; solicitud de autorización de servicios No. 14650 del 31 de mayo de 2021[8]; informe de evaluación motora *Hammersmith* del 26 de noviembre de 2021[9]; consulta por medicina física y rehabilitación de noviembre 27 de 2021[10] y enero 12 de 2022[11]; cédula de ciudadanía de los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA[12]; registro civil de nacimiento NUIP 1157967508[13], y; ordenes médicas de mayo 31 de 2021 para suministrar a JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO: *(i) bipedestador en prono*; *(ii)* silla de ruedas tipo coche pediátrico; *(iii)* inmovilizador de rodilla hasta 8 años unidad; *(iv)* ortesis corta rígida; *(v)* participación en junta médica o equipo interdisciplinario por medicina especializada[14].

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado el 9 de febrero de 2022 al Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena - Arauca[15], Despacho que el 10 de ese mismo mes y año[16] procedió a: *(i)* admitir la acción constitucional contra la NUEVA EPS; *(ii)* tener como pruebas los documentos aportados en el escrito de tutela; *(iii)* vincular a la Unidad Administrativa

[3] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 19 a 20
[4] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 21 a 22
[5] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 24 a 27
[6] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 28 a 30
[7] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 31 a 35
[8] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 36 a 37
[9] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 38 a 39
[10] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 45 a 48
[11] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 40 a 44
[12] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 55 a 56
[13] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fl. 57
[14] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2, Fls. 51 a 54
[15] Cdno digital del Juzgado, Ítem 1 Fl. 1
[16] Cdno digital del Juzgado, Ítem 4 Fls. 1 a 2

Especial de Salud de Arauca; *(iv)* no decretar la medida provisional solicitada, y; *(v)* por último, correr traslado a la accionada y los vinculados para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

INFORME DE LA ACCIONADA Y LOS VINCULADOS

- La NUEVA EPS [17] manifestó, que efectivamente el menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, como beneficiario categoría B de su progenitora MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ, a quien la entidad no le trasgredió sus derechos fundamentales toda vez que ha autorizado los procedimientos cubiertos por el Plan de Beneficios de Salud- PBS, dentro de su red de prestadores.

En lo que respecta al cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas, refirió, que dicho servicio no hace parte del ámbito de la salud y en consecuencia no está a cargo de la EPS sino de la familia por deber constitucional de solidaridad, atendida la obligación del núcleo cercano de aportar al cuidado del paciente. Adicionalmente, señaló, que en el *sub lite* no se observa orden médica que así lo ordene.

Asimismo, expuso, que el núcleo familiar del paciente solo se encuentra imposibilitado para brindar los cuidados requeridos cuando se cumplan los siguientes criterios: *(i)* incapacidad física derivada de la falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o por la necesidad de suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; *(ii)* imposibilidad de brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y, *(iii)* carencia de recursos económicos para asumir el costo de contratar la prestación de servicios, contextos que considera la entidad no se cumplen en esta acción.

Con relación a los insumos de crema antipañalitis, pañitos húmedos y pañales desechables, expuso, que en el *sub lite* no existe orden médica que implique la necesidad de los mismos.

[17] Cdno digital del Juzgado, Ítem 8 Fls. 1 a 19

Indicó que las cuotas moderadoras se aplican a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios, mientras los copagos son única y exclusivamente valores recaudados de los beneficiarios con el fin de contribuir al sostenimiento y racionalización en el uso del sistema, montos que para el año 2022 quedaron establecidos así:

CUOTAS MODERADORAS		
RANGO	**INGRESO BASE DE COTIZACIÓN**	**CUOTA MODERADORA 2022**
A (menor a 2 SMMLV)	11,7%	$3,700
B (entre 2 y 5 SMMLV)	46,1%	$14,700
C (mayor a 5 SMMLV)	121,5%	$38,500

COPAGOS EVENTOS			
RANGO	**PORCENTAJE EVENTO**	**EQUIVALENTE EN CANTIDAD UVT 2021**	**VALOR TOPE EVENTOS**
A	11,5%	7.18	$272,924
B	17,3%	28.78	$1,093,597
C	23,0%	57.55	$2,187,195

COPAGOS TOPE AÑOS		
RANGO	**EQUIVALENTE EN CANTIDAD UVT 2021**	**VALOR TOPE EVENTOS 2022**
A	14.39	$546,799
B	57.55	$2,187,195
C	115.1	$4,374,389

Agregó, que como el menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO se encuentra afiliado en el régimen contributivo, categoría B, se presume que su progenitora MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ, como cotizante del sistema, cuenta con la capacidad de pago para cancelar los valores relacionados, y; que si el paciente presenta una patología clasificada dentro del listado de 106, enfermedades catastróficas establecido por el Ministerio de Salud, deberá informar esta situación a la EPS para que la entidad proceda con la marcación de exoneración de cuotas moderadoras y copagos.

Frente a la atención integral en salud, resaltó, que la misma debe otorgarse según criterio del médico tratante y no del juez constitucional, porque de lo contrario se incurre en

prejuzgamiento y asume la mala fe de la EPS-S sobre hechos que no han ocurrido, amén que incluye cualquier tratamiento, medicamento y demás pretensiones de paciente.

Finalmente, pidió negar por improcedente la acción de tutela en razón a que no se acreditó vulneración alguna, al igual que orden médica pendiente por dar trámite; y; de manera subsidiaria, en caso de ser amparados los derechos invocados, solicitó ordenar al ADRES reembolsar todas aquellas expensas en que incurra la EPS en cumplimiento del fallo y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[18]

El Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena – Arauca concluyó la instancia con fallo de febrero 16 de 2022 donde, luego de retomar los hechos expuestos en el escrito contentivo de la presente acción y citar la jurisprudencia aplicable al tema, declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Argumentó, que en el escrito inaugural se informó por los accionantes la existencia de la acción de tutela con Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00, trámite adelantado ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca, donde fungen como accionante los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, en representación de su menor hijo JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, en contra de la NUEVA EPS, acción que versa sobre el mismo diagnóstico del menor, lo que consideró como *«conducta reprochable, pues constituye un ejercicio que raya en lo temerario de la acción de tutela y un abuso de este mecanismo constitucional»*, al encontrarse acreditada una identidad de partes, causa pretendí e identidad de objeto.

Además, expuso, que en el *sub lite* no se probó que los servicios médicos reclamados a favor del paciente hayan sido ordenados por el médico tratante de JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, de tal manera que no existe acción u omisión a cargo de la NUEVA EPS que habilite la intervención del juez constitucional.

[18] Cdno digital del Juzgado, Ítem 9 Fls. 1 a 15

En ese sentido, y teniendo en cuenta que la acción de tutela con Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 concedió la atención integral en salud del menor PATIÑO ZAMBRANO, entendida como todo suministro de elementos, medicamentos, insumos etc., consideró el fallador de instancia que lo pertinente es que los accionantes acudan ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca a través de un incidente de desacato, con el fin de obtener el cumplimiento del referido fallo de tutela.

IMPUGNACIÓN[19]

Inconforme con la decisión proferida por el Juez de primera instancia, los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA la impugnaron, solicitando se revoque y en su lugar se conceda la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO.

Como argumentos de la alzada, expusieron, que la acción de tutela Radicada bajo el No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00, y tramitada ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca, amparó los derechos fundamentales del menor PATIÑO ZAMBRANO frente a unos procedimientos o insumos específicos, sin que en dicho proveído esté *«cobijada y/o amparada la atención integral, por lo que a través de incidente de desacato en la primera acción de tutela no podría garantizarse el derecho fundamental de salud del menor»*.

Insistieron, que lo perseguido con este mecanismo es que la NUEVA EPS suministre a JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO los servicios de un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas, transporte intermunicipal vía aérea, hospedaje y alimentación, además de entregar crema antipañalitis, pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*, así como exonerar al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación con el fin de atender de la mejor forma sus actuales padecimientos, aspectos que no fueron objeto de análisis en el Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00.

Resaltaron que la jurisprudencia constitucional ha señalado, ante la necesidad y existencia de hechos notorios en la salud de los pacientes, la orden de suministrar servicios e insumos médicos que no hayan sido prescriptos por el médico tratante con el fin de salvaguardar la vida

[19] Cdno digital del Juzgado, Ítem 24 Fls. 1 a 17

e integridad de la persona, escenario que considera debe aplicarse en este asunto debido a la compleja condición del menor PATIÑO ZAMBRANO.

Consideraron que el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena – Arauca *«no debió limitarse y/o ceñirse a lo meramente formal, a declarar la improcedencia de la Acción de Tutela, sino tener en cuenta que se trataba de una persona en estado de especial vulnerabilidad y que se habían configurado nuevos hechos que evidenciaban que la EPS NUEVA vulneraba la debida prestación del servicio de salud»*.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juez Promiscuo de Familia de Saravena – Arauca, de fecha 16 de febrero de 2022, conforme al art. 37 del Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. La actuación temeraria en materia de tutela y los requisitos que se exigen para su configuración.

De conformidad con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, cuando sin justificación alguna la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales la actuación se torna temeraria y por lo tanto improcedente. Tal disposición tiene la finalidad de evitar el uso indiscriminado de las acciones constitucionales en detrimento de los derechos de los demás asociados.

Dicho enunciado jurídico, consonante con el contenido del artículo 83 Superior que fija como presunción la *buena fe* en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, establece que la parte que acciona constitucionalmente tiene el deber de manifestar bajo la

gravedad del juramento si ha interpuesto diversas acciones de tutela sobre los mismos hechos, y a la sazón reza *«el que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio»*[20].

De tal suerte, que esta figura se encuentra ligada al deber del actor de tutela de obrar de buena fe al presentar su escrito de demanda, con el ánimo de ilustrar al Juez Constitucional en relación con las situaciones de hecho y derecho que pone a su consideración, actuando bajo los criterios de veracidad en lo indicado.

Frente a la temeridad, la Corte ha establecido que se presenta de dos maneras, la primera de ellas solo puede configurarse si el accionante actúa de *mala fe*; la segunda, desecha ese elemento para su consolidación, y en su lugar exige únicamente para su perfeccionamiento que el actor presente varias veces una acción de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-327 de junio 5 de 2013, señaló:

> *« (…) la acción de tutela es* ***temeraria*** *cuando:* ***"desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y … expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela", y ha precisado que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: "(i) [i]dentidad de partes, (ii) identidad de hechos, (iii) identidad de pretensiones", y (iv) ausencia de justificación para la presentación de la nueva demanda****. En cuanto a la diligencia del juez constitucional al momento de evaluar la triple identidad antes referida, esta Corte en sentencia T-1034 de 2005 advirtió que "con el fin de establecer la configuración de la identidad de hechos, partes, y pretensiones el juez constitucional debe realizar un examen detallado de los procesos de tutela correspondientes, de las circunstancias o hechos nuevos que puedan existir e inclusive analizar el contenido de los fallos judiciales proferidos dentro de la acción de tutela anterior, para luego sí concluir si habrá de catalogarse como temeraria. En tanto la buena fe se presume la temeridad debe ser cuidadosamente valorada por el juez con el fin de no propiciar situaciones injustas. El estudio -se insiste- debe ser minucioso y sólo después de haber llegado a la fundada convicción de que la actuación procesal de la respectiva parte carece en absoluto de justificación, será tildada de temeraria".*
>
> *Del mismo modo, en la sentencia que se comenta esta Corporación puntualizó que es posible que "luego de presentada una acción de tutela en donde se exponen unos hechos y derechos concretos, con posterioridad pueda presentarse otra por el mismo solicitante y con base en similares hechos y derechos, pero con la connotación de que han surgido elementos nuevos o adicionales que varían sustancialmente la situación inicial. En esos*

[20] Art. 37 del Decreto 2591 de 1991

> *casos sí es procedente la acción y no podría ser catalogada como temeraria". En ese sentido, sobre las circunstancias que pueden justificar la interposición de una nueva acción de tutela la Corte indicó que estas pueden "derivarse de la presencia de nuevas circunstancias fácticas o jurídicas, o del hecho de que la jurisdicción constitucional al conocer de la primera acción no se pronunció sobre la real pretensión del accionante. Es más, un hecho nuevo puede ser, y así lo ha considerado la Corte, la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares". Empero, en recientes pronunciamientos la Corte ha precisado que no cualquier decisión dictada por la Corte Constitucional da lugar a un hecho nuevo que permita acceder por segunda ocasión a la jurisdicción. "En efecto, debe tratarse de una sentencia adoptada por el Pleno del Tribunal Constitucional, en la cual se consagre "una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares"*[21].

De tal suerte que estaremos en presencia de una actuación temeraria cuando se presentan dos o más acciones de tutela con identidad de partes, hechos, pretensiones y no se evidencia una justificación para interponerlas de forma reiterativa y similar, oportunidad en la que el juez Constitucional debe realizar un estudio detallado de los procesos para comprobar si la conducta de quien interpone la acción está o no precedida de un actuar *doloso* o de *mala fe*.

Ahora bien, en los eventos en que la presentación de más de una acción de tutela no esté acompañada de una conducta *temeraria* o de *mala fe*, las demandas de amparo constitucional deben ser declaradas *improcedentes*, pues su interposición de forma repetida y reiterada es *incompatible* con el principio de *cosa juzgada constitucional* y con la configuración procesal de su trámite, debido a que el legislador previó claramente en la regulación de esta acción la existencia de dos instancias que garantizan a las partes la posibilidad de discutir el fallo inicial que va en contra de sus *pretensiones* o argumentos, para obtener de esta manera el cierre definitivo en la jurisdicción constitucional, excepción hecha de la revisión que efectúa la guardiana de la Carta Superior. Al respecto, tiene adoctrinado el máximo Tribunal constitucional (Sentencia T-327 del 5 de junio de 2013[22]):

> *«15. Con fundamento en las consideraciones anotadas, el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia SU-1219 de 2001 señaló que una vez se produce la decisión sobre no-selección de un expediente para su revisión por parte de la Corte Constitucional, las decisiones adoptadas en los fallos de instancia* ***hacen tránsito a cosa juzgada constitucional****. En armonía con lo expuesto, es menester recordar lo indicado por esta Corporación en sentencia T-1164 de 2003 en relación con la imposibilidad de reabrir el estudio de casos que ya fueron descartados del proceso de selección realizado por este Tribunal: "Frente a esta pretensión, entonces, esta Sala de Revisión considera que operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (inciso primero de artículo 243 de la Constitución)* ***por no haber sido revocado en segunda instancia, ni haber sido seleccionado el expediente por esta Corporación durante el trámite de selección***

[21] Corte Constitucional, sentencia T-327 del 5 de junio de 2013, M.P. Luir Ernesto Vargas Silva
[22] Corte Constitucional, M.P. Luir Ernesto Vargas Silva

> ***que se surtió en su debido momento**. Resulta contrario a la seguridad jurídica reabrir el debate concluido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en reiterar que "(...) **en caso de que un asunto no sea seleccionado, se surte el fenómeno de la cosa juzgada constitucional -"inmutable y definitiva"- quedando ejecutoriada formal y materialmente la sentencia.** Frente a esta situación, en materia de tutela, la Corte adquiere la naturaleza de "órgano de cierre"".*
>
> *16. En suma, (i) no obstante la informalidad que reviste la acción de tutela, su ejercicio impone la obligación de actuar de forma responsable frente a la administración de justicia, evitando la congestión innecesaria del aparato judicial y permitiendo el acceso de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones al mismo; (ii) con el fin de garantizar que los conflictos sociales puestos en conocimiento del juez de amparo iusfundamental no se prolonguen indefinidamente en el tiempo, **la Corte Constitucional ha establecido que la determinación que adopten las salas de selección sobre la exclusión de un expediente para su revisión, tiene como efecto la asunción de la cosa juzgada constitucional sobre el asunto**; (iii) la consecuencia jurídica de la duplicidad o multiplicidad de acciones idénticas, **es la improcedencia de la petición de tutela constitucional** y; (iv) si se demuestra que el peticionario (o su representante legal) actuó de mala fe y, en consecuencia, la interposición sucesiva de tutelas comporta una actuación temeraria, el juez podrá imputarle las sanciones previstas en la ley».* (Negrillas ajenas al texto original)

Así las cosas, nuestro ordenamiento ha establecido que la *cosa juzgada* es una institución jurídico procesal, mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias el carácter de *inmutables*, *vinculantes* y *definitivas*, que impide a las partes y eventualmente a la comunidad volver a entablar el mismo litigio frente a un asunto que ya fue objeto de estudio, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

> *«- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta 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.*
>
> *- **Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*
>
> *- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica».*[23]

[23] Corte Constitucional, Sentencia T-185 del 10 de abril de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

2. Caso concreto

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA interpusieron acción de tutela contra la NUEVA EPS, en procura que la entidad autorice a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO los siguientes servicios: *(i)* un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas de manera permanente; *(ii)* servicio de transporte intermunicipal vía aérea, hospedaje y alimentación; *(iii)* dos (2) unidades mensuales de crema antipañalitis y ciento ochenta (180) unidades mensuales de pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*, etapa 4, y; *(iv)* exonere al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación, con ocasión de su padecimiento de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo».*

El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena - Arauca emitió el 16 de febrero de 2022 sentencia de primera instancia, donde resolvió declarar improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados en tanto consideró que el menor ya tiene protección constitucional al interior de la tutela Radicada bajo el No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca, y; que la NUEVA EPS no ha desplegado acción u omisión en perjuicio del paciente, toda vez que no se probó que los servicios médicos reclamados hayan sido ordenados por el médico tratante de JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO.

La anterior decisión generó la inconformidad de los accionantes, quienes la impugnaron y solicitaron revocar el fallo, para lo cual argumentaron que la acción de tutela con Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 amparó los derechos fundamentales de PATIÑO ZAMBRANO frente a unos procedimientos o insumos específicos, sin que dicho proveído salvaguarde de manera efectiva las garantías del menor, máxime cuando en el *sub lite* se expusieron nuevos hechos que hacen procedente este mecanismo constitucional.

En desarrollo del trámite de segunda instancia de esta acción constitucional se dispuso, mediante auto de fecha 11 de marzo de 2022[24], oficiar al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca para que remitiera copia digitalizada del expediente de tutela 2021-

[24] Cdno segunda instancia, Ítem 6, Fls. 1 a 2

00649-00 con las actuaciones surtidas al interior de la misma, requerimiento que dicha autoridad judicial contestó ese mismo día[25].

En ese contexto, procederá la Sala a reseñar las principales actuaciones adoptadas al interior de la tutela 2021-00649-00 que cursó en el referido Juzgado municipal para, posteriormente, constatar el asunto con la acción constitucional que hoy es objeto de estudio y así proceder a emitir las determinaciones que en derecho correspondan.

2.1. Antecedentes relevantes de la acción de tutela con Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00.

2.1.1. De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el 30 de septiembre de 2021 los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, como representantes legales del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, presentaron acción de tutela contra la NUEVA EPS.[26]

2.1.2. En el escrito inaugural se indicaron como base de la reclamación constitucional los siguientes hechos[27]: que el menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO se encuentra afiliado en el régimen contributivo de salud de la NUEVA EPS, en calidad de beneficiario categoría B; que desde los 8 meses de edad presentó retraso en el desarrollo y, una vez adelantadas las consultas médicas con especialistas, el 19 de abril de 2021 la Junta de Enfermedades Neuromusculares del Instituto Roosevelt de la ciudad de Bogotá D.C. le diagnosticó la enfermedad huérfana de *«atrofia de la medula espinal tipo 2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*; que el 31 de mayo de 2021 el referido centro médico, al realizar la segunda Junta de Enfermedades Neuromusculares y primera Junta de Sedestación, confirmó que el menor PATIÑO ZAMBRANO presenta *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*, y; que razón de lo anterior los galenos ordenaron la prestación de algunos servicios de salud y la entrega de varios dispositivos médicos, entre ellos: *(i)* una silla de ruedas tipo coche pediátrico; *(ii) bipedestador en prono*; *(iii)* inmovilizador *inguinopodalicos* en tela a la medida del paciente, con varillas de

[25] Cdno segunda instancia, Ítem 8, Fls. 1 a 3
[26] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 1
[27] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 2

refuerzo en aluminio para uso nocturno bilateral No. 2, y; *(iv)* ortesis tobillo pie rígido forrada en caucho, espuma bajo molde de yeso bilateral a 90° No. 2.

2.1.3. Como pretensiones invocaron la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, requiriendo ordenar a la NUEVA EPS: *(i)* la autorización de una silla de ruedas tipo coche pediátrico; *(ii)* brindar atención integral en salud con ocasión del actual padecimiento del niño PATIÑO ZAMBRANO; *(iii)* exonerar al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación, y; *(iv)* autorizar los viáticos del infante, al igual que de un acompañante, para asistir al tratamiento adelantado en el Instituto Roosevelt de la ciudad de Bogotá. Como medida provisional solicitaron la entrega del señalado elemento para el transporte del niño.

2.1.4. Recibido el conocimiento del asunto por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca, se le asignó el Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00; mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2021, se admitió la acción constitucional contra la NUEVA EPS; se dispuso la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – UAESA; se concedió la medida provisional -autorización de una silla de ruedas tipo coche pediátrico-, y; por último, se corrió traslado a la accionada y a los vinculados para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.[28]

2.1.5. El 12 de octubre de 2021 se emitió sentencia, en la que se ordenó:

> *«**PRIMERO: TUTELAR PARCIALMENTE** el derecho fundamental a la vida digna, igualdad, salud y seguridad social del accionante MONICA KARINA ZAMBRANO NIÑO Y DANNY PATIÑO BARBOSA COMO SGENTE OFICIOSO DE JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta decisión, si aún no lo ha hecho, realicen las gestiones administrativas, presupuestales y logísticas con el fin de garantizarle de forma ágil la prestación del servicio médico integral del menor de edad JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO de acuerdo a su diagnóstico y en los del médico tratante, **debiéndose prestar, en lo sucesivo y en forma efectiva e integral los servicios de salud a que tiene derecho así como toda la atención requerida, entendiéndose por integral, autorización de exámenes, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos, equipos, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las IPS**, para el caso en concreto*

[28] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 3

para la autorización, asistencia para los exámenes y ***"silla coche para niño a la medida del paciente con sistema de Basculamiento manual, sistema de crecimiento, reclina miento manual, espaldar firme y asiento firme, soporte anatómico para cabeza en tela respirable, cinturón pélvico, pechera tipo mariposa, soportes laterales de tronco graduables en altura removibles y ergonómicos contorneados largos, cojín abductor de cadera que permita abducción de 30°, estructura desmontable, plegable en 3 módulos, cantidad UNO (1) / Atrofia muscular espinal", igualmente la atención médico integral en la realización de procedimientos que se le prescriba del instituto Roosevelt y/o médico tratante o los especialistas que formulen un medicamento o tratamiento,*** *razones por las cuales necesita de un tercero para acudir a la atención médica, además de todos los servicios en salud requeridos y que deben ser prestados de manera integral.*

TERCERO: SE NIEGA *la exoneración por concepto de atención en salud que se le prescriba y autorice la accionada, por copagos y cuotas de recuperación, debido a que la accionante pertenece al régimen contributivo siendo una obligación para sus afiliados pagar estos copagos (…)»*

2.1.6. La anterior decisión no fue impugnada, y el 25 de noviembre de 2021 se remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.[29] Consultado el estado del proceso en la página *web* de la Corte Constitucional[30] se logró establecer que la acción de tutela No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 fue radicada el 1° de marzo de 2022 bajo el No. T8613194, sin que a la fecha haya sido excluida de revisión.

2.1.7. Asimismo, al cuaderno de tutela se encuentra adjunto expediente de incidente de desacato, que se originó con ocasión del oficio presentado dos (2) días previo a la radicación de la presente acción constitucional, esto es, el 7 de febrero de 2022[31]. En la referida documental, los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA dieron a conocer que la NUEVA EPS se sustraía del deber de materializar las órdenes médicas de fecha 5 de octubre y 8 de noviembre de 2021, al igual que la del 12 de enero de 2022, emitidas a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO con ocasión del multicitado padecimiento. También los accionantes alegaron que la empresa promotora no suministraba el transporte aéreo, necesario para que el paciente pueda trasladarse al Instituto Roosevelt ubicado en la ciudad de Bogotá D.C.

2.1.8. Mediante auto de fecha 7 de febrero de 2022[32], el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991. El 10 del mismo mes y año, al evidenciar que la NUEVA EPS desconocía la orden

---

[29] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Ítem 1
[30] https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/
[31] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Incidente de Desacato, Ítem 2
[32] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Incidente de Desacato, Ítem 3

de amparo, dispuso admitir incidente de desacato[33]. La instancia culminó el 18 de febrero de 2022[34], cuando se dispuso:

> *«**PRIMERO: NEGAR** la solicitud de los incidentantes en cuanto a la autorización por parte de la Nueva E.P.S. para trasporte aéreo y viáticos para el paciente y su acompañante según lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO**: DECLARAR que la entidad prestadora de salud NUEVA E.P.S. (…) incurrió en desacato al Fallo de Tutela No. **0329** proferido por este Despacho Constitucional el día **12 de octubre de 2021**, en los términos allí establecidos (…).*

2.1.9. Por lo anterior, ordenó sancionar a la Gerente Zonal del Departamento de Arauca de la NUEVA EPS[35] con cinco (5) días de arresto y multa de dos (2) smlmv. Como sustento de la decisión, indicó, que la NUEVA EPS desobedece la atención integral en salud que debe prestar al menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO al desentender servicios médicos ordenados por el médico tratante. En lo que concierne a la solicitud de gastos complementarios y la negativa de sancionar por este aspecto, señaló: *«es importante resaltar en cuanto al transporte aéreo, intermunicipal, urbano, alojamiento, alimentación y viáticos para el paciente como para un acompañante no podrán ordenarse en el sentido que el médico tratante debe dejarlo expreso en la historia clínica del paciente (…)»*, más adelante, reiteró:

> *«(…) en cuanto a la solicitud de trasporte aéreo y viáticos para el paciente como para su acompañante no se ordenó en el presente fallo de tutela el cual si ordeno un tratamiento integral para lo ordenado por el médico tratante debiendo ser el como profesional idóneo quien ordene el trasporte aéreo y viáticos debido a la patología que está padeciendo el menor de edad como el tratamiento que requiere, en caso de no darse este por parte de la E.P.S. se deberá tramitar una nueva acción de tutela por los nuevos hechos para determinar se presenta o no una vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad en su tratamiento integral como lo ordenado por su médico tratante» (sic).*

2.1.10. El trámite de consulta del incidente de desacato se surtió ante el Juzgado Penal del Circuito de Saravena – Arauca, autoridad que dispuso en auto del 24 de febrero de 2022 confirmar las medidas sancionatorias.[36]

---

[33] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Incidente de Desacato, Ítem 6
[34] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Incidente de Desacato, Ítem 12
[35] Dra. Magda Viviana Garrido Pinzón
[36] Cdno segunda instancia, Ítem 8, cdno digital del Juzgado, Incidente de Desacato, carpeta juzgado.

3. Decisión a adoptar

3.1. Consideraciones sobre la presunta actuación temeraria de los accionantes.

Tal y como se estableció en los supuestos jurídicos, una persona incurre en conducta temeraria cuando concurren las siguientes circunstancias: *(i)* que varias acciones de tutela sean presentadas por la misma persona o por su representante contra la misma entidad o entidades; *(ii)* las demandas se refieran a los mismos hechos y para solicitar la protección del mismo derecho en oportunidades diferentes, ya sea ante distintos jueces o ante el mismo juez, y; *(iii)* que la interposición reiterada de la acción se realice sin un motivo razonable, expresamente mencionado para justificar la nueva solicitud de amparo.

Por ello, ha señalado la máxima autoridad que *«(…) cuando un juez constitucional tiene noticia de que un usuario del Sistema de Salud presenta una acción de tutela con identidad de partes y de pretensiones de una acción anterior, tiene el deber constitucional de verificar si la situación de salud del peticionario ha variado, entre el momento en que se presentó la primera acción y la presentación de la nueva tutela, teniendo en cuenta las circunstancias ya expuestas, como el cambio de edad, el deterioro del estado de salud, y la formulación reiterada de un servicio médico. El juez de tutela sólo puede decretar la temeridad de una acción cuando ha constatado que no hay circunstancias nuevas relevantes entres las acciones en cuestión, pues de lo contrario, en el escenario en declare la temeridad de una tutela, no habiendo lugar a ello, estaría vulnerado el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia del usuario, al dejar al interesado sin un pronunciamiento de fondo sobre su derecho fundamental a la salud».*[37]

Analizados los documentos aportados, se logra establecer que tanto la presente actuación como la radicada bajo el No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 se dirigen contra la misma entidad accionada, la NUEVA EPS. A su vez, las referidas demandas fueron propuestas por los mismos sujetos activos, los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, como representantes legales del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, lo que configura el presupuesto de identidad entre las partes.

[37] Corte Constitucional, sentencia T-752 del 26 de septiembre de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

En lo que concierne a la identidad de los hechos, este requisito se presenta cuando el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción de tutela se fundamente en unos mismos eventos o acontecimientos. Según se extrae del expediente 81-736-40-89-002-2021-00649-00, el soporte fáctico de la solicitud radicaba en que la NUEVA EPS se negaba a autorizar los servicios de: *(i)* una silla de ruedas tipo coche pediátrico; *(ii) bipedestador en prono*; *(iii)* inmovilizador *inguinopodalicos* en tela a la medida del paciente con varillas de refuerzo en aluminio para uso nocturno bilateral No. 2, y; *(iv)* ortesis tobillo pie rígido forrada en caucho, espuma bajo molde de yeso bilateral a 90° No. 2., ordenados por el médico tratante el 31 de mayo de 2021 a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, con ocasión a la enfermedad de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo».*

En el presente asunto, los accionantes soportaron su escrito inaugural en el hecho que el menor requería una protección especial en atención al padecimiento de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»,* por cuanto la NUEVA EPS se sustraía de la obligación de suministrar los gastos complementarios del paciente, servicios que, en su entender, no fueron amparados al interior del Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00.

En ese contexto al interior de los procesos analizados no existe identidad de hechos, por cuanto las demandas no se fundamentan estrictamente en unos mismos supuestos ya que, aunque ambas acciones tienen como eje fundamental el actual padecimiento del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, los accionantes reclaman el suministro de distintos servicios médicos, requeridos presuntamente por el paciente en espacios de tiempo diferente.

Por último, cuando de la identidad de pretensiones se trata, ciertamente en ambas actuaciones se invocó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO; sin embargo, en la acción Radicada bajo el No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00, se requirió expresamente ordenar a la NUEVA EPS: *(i)* autorizar una silla de ruedas tipo coche pediátrico, *(ii)* brindar una atención integral en salud, con ocasión del actual padecimiento del niño PATIÑO ZAMBRANO, *(iii)* exonerar al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación, y *(iv)* autorizar los viáticos del infante, al igual que los de un acompañante, para asistir al tratamiento adelantado por el Instituto Roosevelt ubicado en la ciudad de Bogotá.

De otra parte, en la presente tutela se requirió, de manera concreta, ordenar a la entidad promotora: *(i)* autorizar el servicio de un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas de manera permanente; *(ii)* suministrar el servicio de transporte intermunicipal vía aérea, hospedaje y alimentación, las veces que sea remitido fuera de su lugar de residencia; *(ii)* entregar dos (2) unidades mensuales de crema antipañalitis y ciento ochenta (180) unidades mensuales de pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*, etapa 4, y; *(iv)* exonerar al paciente de realizar aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación.

Así las cosas, queda en evidencia que aun cuando se presentan similitudes en algunas pretensiones no existe una identidad completa, lo cual sumado a la ausencia de una total identidad de hechos descarta la temeridad de los accionantes en la acción objeto de estudio.

3.2. Improcedencia de las pretensiones de los accionantes.

En el presente asunto los accionantes persiguen, entre otras pretensiones, que se estudie la exoneración de los aportes de copago, cuotas moderadoras o de recuperación a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, cuando con ocasión a la patología de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*, requiera la prestación de servicios médicos.

Pues bien, en sentencia del 12 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca resolvió, previa solicitud de los actores, negar *«la exoneración por concepto de atención en salud que le prescriba y autorice la accionada, por copagos y cuotas de recuperación, debido a que la accionante pertenece al régimen contributivo siendo una obligación para sus afiliados pagar estos copagos (…)»*, decisión contra la cual los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, como representantes legales del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, no interpusieron recurso, trámite que en la actualidad se encuentra a instancias de la Corte Constitucional.[38]

En virtud de lo anterior, se advierte que respecto de la pretensión de exoneración de copago, cuotas moderadoras o de recuperación a cargo del accionante, resulta para la Sala

[38] La acción constitucional No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 fue radicada el 1° de marzo de 2022 bajo el No. T8613194, sin que a la fecha haya sido excluida de revisión

improcedente su análisis como quiera que se trata de una petición que ya fue puesta en conocimiento de un juez de tutela previamente, quien resolvió negativamente el asunto, decisión que actualmente se encuentra en trámite del control judicial de revisión ante la Corte Constitucional, el que está diseñado específicamente para corregir los posibles errores en que pudieran incurrir los jueces de instancia en los procesos de tutela.

Asimismo, requieren los señores ZAMBRANO NUÑEZ y PATIÑO BARBOSA se ordene a la NUEVA EPS autorizar a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO el servicio de un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas, de manera permanente, además de entregar dos (2) unidades mensuales de crema antipañalitis y ciento ochenta (180) unidades mensuales de pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*, etapa 4, sin embargo, revisados los anexos presentados con el escrito inaugural[39] no observa esta Sala, tal como lo estableció el *a quo*, prescripción médica que obligue a la NUEVA EPS a prestar los referidos servicios, escenario que impide a esta Corporación determinar la viabilidad de las prestaciones médicas solicitadas por los promotores del amparo.

Recuérdese que corresponde al médico tratante determinar, en cada caso, la necesidad de prestación de servicios médicos –exámenes, consultas, medicamentos, insumos, etc.- para el restablecimiento de la salud de las personas. Al respecto, en sentencia T-904 de noviembre 26 de 2004[40], se expuso:

> *Esta última exigencia le impone un límite al juez constitucional, quien, en sede de tutela, sólo podrá ordenar la prestación de un determinado servicio cuando exista una orden del médico tratante en tal sentido, ajustada a las circunstancias actuales del paciente; lo que impide, a contrario sensu, que sea el juez quien determine si lo solicitado por el accionante corresponde o no a una prestación médica acertada y pertinente. Al respecto, se pronunció este Tribunal al exponer que:*
>
> > *"En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad –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"*
>
> *Así las cosas, **no le compete al juez constitucional ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el***

[39] Allegados por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena – Arauca el 11 de marzo de 2022, con ocasión al requerimiento efectuado por la Corporación. Cdno segunda instancia, Ítem 9.
[40] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

ámbito de competencia de la lex artis que rige el ejercicio de la medicina».
Negrilla y subrayado ajeno al texto original

En ese sentido, la inexistencia de ordenes médicas dirigidas a que la entidad promotora suministre el servicio de un cuidador domiciliario por doce (12) horas diurnas, de manera permanente, además de entregar dos (2) unidades mensuales de crema antipañalitis y ciento ochenta (180) unidades mensuales de pañitos húmedos y pañales desechables *huggies*, etapa 4, a favor del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, sumado al hecho de su innecesaria reclamación a través de otra acción de tutela cuando en la correspondiente al Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 se ordenó la atención integral en salud del citado infante, como se precisará a continuación, impide a esta autoridad judicial ordenar la prestación de los referidos servicios.

Por último, en lo que concierne al suministro del servicio de transporte intermunicipal vía aérea, hospedaje y alimentación las veces que JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO sea remitido fuera de su lugar de residencia, ha de señalarse, en primer lugar, que en la demanda formulada en el Radicado No. 2021-00649-00 se pidió, expresamente, autorizar los viáticos del infante, al igual que los de un acompañante, para asistir al tratamiento adelantado por el Instituto Roosevelt ubicado en la ciudad de Bogotá, y en el numeral segundo del fallo se ordenó a la NUEVA EPS procediera a realizar *"las gestiones administrativas, presupuestales y logísticas con el fin de garantizarle de forma ágil la prestación del servicio médico integral del menor de edad JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO de acuerdo a su diagnóstico y en los del médico tratante"* refiriéndose concretamente a las *"remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las IPS"*, de ahí que si no se tenía suficiente claridad sobre dichas disposiciones debió solicitarse la aclaración y/o complementación del fallo, en los términos previstos por los artículos 285 y 287 del Código de General del Proceso, los cuales en su orden se refieren a la aclaración y adición de las decisiones judiciales.

En segundo lugar se dirá, que en la sentencia del 12 de octubre de 2021 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena – Arauca concedió la **atención integral en salud** del paciente con ocasión del padecimiento ya referido, disponiendo textualmente el juez de instancia que la NUEVA EPS debe «*prestar en lo sucesivo y en forma efectiva e integral los servicios de salud a que tiene derecho así como toda la atención requerida, entendiéndose por integral, autorización de exámenes, procedimientos, intervenciones, medicamentos, insumos, equipos, remisiones a altos niveles de complejidad y otros rubros que los médicos formulen y que llegaren a solicitar las IPS (…) igualmente la atención médico integral en la realización de procedimientos que se le prescriba del instituto Roosevelt y/o médico tratante o los*

especialistas que formulen un medicamento o tratamiento, razones por las cuales necesita de un tercero para acudir a la atención médica, además de todos los servicios en salud requeridos y que deben ser prestados de manera integral».

Téngase en cuenta que la atención integral en salud constituye una obligación para el Estado y las entidades encargadas de brindar dicho servicio, que incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos, así como cualquier otro componente que se requiera y/o el médico tratante estime necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente, o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones, de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad, abatiendo la entidad cualquier obstáculo o dilaciones injustificadas, innecesario resulta formular tutelas por cada requerimiento médico o para continuar con el tratamiento hasta la completa recuperación del agraviado.

En ese orden de ideas, y siendo que en la orden de amparo emitida al interior del Radicado No. 81-736-40-89-002-2021-00649-00 se dispuso la atención integral del menor JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, obligado resulta señalar que en virtud de ello es posible solicitar el suministro de los gastos complementarios, cuando el paciente sea remitido fuera de su lugar de residencia y se demuestre que los progenitores del menor no están en capacidad de proporcionarlos, últimos que en caso de incumplimiento de esa o cualquier orden médica por la entidad promotora, respecto de la patología de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»*, están habilitados para requerir el acatamiento del fallo constitucional a través de un incidente de desacato, como ya lo hicieron, según quedó registrado, con el fin de evitar la presentación de acciones de tutela por cada servicio que sea prescrito por el médico al paciente.

3.3. Conclusión

Como quedó visto, en el *sub lite* resultó acertada la decisión del Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena – Arauca, cuando declaró improcedente el amparo deprecado por los señores MÓNICA KARINA ZAMBRANO NUÑEZ y DANNY PATIÑO BARBOSA, en favor de su menor hijo JUAN FELIPE PATIÑO ZAMBRANO, por cuanto el paciente ya cuenta con protección constitucional -atención integral en salud con ocasión del padecimiento de *«atrofia muscular espinal tipo 2, con 3 copias del gen SMN2 y sospecha de trastorno generalizado del desarrollo»-,* escenario en el que

se debatió el caso, sin que a la fecha concurran situaciones fácticas diferentes que habiliten la intervención del Juez constitucional, a través de una nueva solicitud de amparo.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de febrero 16 de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena - Arauca dentro de la acción constitucional de la referencia, por las razones expuestas *ut supra*.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada