

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO TERCER PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
FLORENCIA - CAQUETÁ

Proceso : Acción de tutela
 Radicación : 18-001-40-04-003-2022-00067-00
 Accionante : **ANDRES MONTIEL MUÑOZ**
 Accionado : **FAMISANAR EPS Y OTRO**
 Sentencia : **064**

Florencia, Caquetá, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela interpuesta por el señor **ANDRES MONTIEL MUÑOZ** en representación de su menor hija **JEWERY EVIRLEY MONTIEL GUACARI** contra de **FAMISANAR EPS**, vinculándose a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana.

2.- ANTECEDENTES

Funda el señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ, la solicitud de amparo, en los siguientes hechos:

Aduce que," PRIMERO: Es menester indicar que la menor **JEWERY EVIRLEY MONTIEL GUACARÍ**, actualmente se encuentra viviendo en Florencia – Caquetá con su abuela, no vive el puesto que se encuentre trabajando en la ciudad de Bogotá para poderle brindar un sustento, de igual manera la mamá también vive en la capital, sin embargo, ella se la entregó hace más de dos años y desde entonces su mamá y el están a cargo de ella. SEGUNDO: Ahora bien, su hija está afiliada a la EPS **FAMISANAR** de la ciudad de Bogotá, pues en dicha ciudad vivía anteriormente con su mamá, sin embargo, al encontrarse en Florencia donde no hay cobertura de dicha EPS, la niña no ha podido ser atendida desde que se la entregaron, es decir, más de dos años. Es necesario advertir, que con ayuda de su mamá hemos solicitado la desvinculación de mi hija de la EPS **FAMISANAR**, de hecho para el mes de enero del año en curso mi mamá envió un oficio solicitando tal cosa, sin embargo, la EPS respondió que no era viable la desvinculación toda vez que ya se encontraba activa y afiliada al régimen subsidiado, que el cotizante es quien debe firmar una carta explicando las razones de la desvinculación, sin embargo, tal cosa es imposible pues como se le

ha manifestado a la EPS el cotizante que la tenía como beneficiaria murió. TERCERO: Ante esta situación ,su ex – pareja solicitó la respectiva portabilidad, por lo cual remitieron la prestación de los servicios en salud para la IPS HOPSITAL COMUNAL LAS MALVINAS, sin embargo, en dicha entidad no le otorgan a mi hija las citas cuando se les solicita, pues indican que FAMISANAR debe autorizar y ellos nunca lo hacen solo expresan que debo esperar y ya el tiempo esperado es más que razonable. CUARTO: Esta situación me preocupa porque mi hija lleva más de un año sin visitar al médico para que la valore y los niños en sus primeras etapas necesitan un control de desarrollo, es injusto que se le impongan cargas administrativas innecesarias a una menor de edad para que pueda acceder al sistema de salud en Colombia, la EPS con sus acciones y omisiones está impidiendo el goce de la salud a mi hija, por tal motivo me acerco a usted señor juez para que tuteles sus derechos fundamentales los cuales están siendo conculcados por la accionada “

2.2. PETICIÓN

Adicional a lo anteriormente señalado, “primero: solicitó el accionante se tutele los derechos fundamentales de la menor, especialmente a la vida, a la salud de manera integral, a la seguridad social integral, de tal manera se ordene a FAMISANAR E.P.S. servirse a realizar todos los trámites administrativos necesarios para la desvinculación del sistema a la menor, con el objetivo de que esta se vincule a una EPS en la ciudad de Florencia – Caquetá. Segundo: : Solicito señor juez, que la EPS accionada garantice los servicios en salud de mi hija, mientras se produce su desvinculación y se logra la correspondiente afiliación a una nueva EPS en la Ciudad de Florencia. TERCERO: Prevenir al director de FAMISANAR E.P.S. y/o a quien corresponda, de que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el art. 52 del Dcto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales).

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 06 de Junio de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia¹, la cual se admitió mediante auto de fecha 07 de junio de 2022², a través del cual se dispuso oficiar a la entidad accionada, para que, en el término legal de 2 días se pronunciara sobre los hechos planteados en el escrito de tutela, y se ordenó la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

¹ Ver archivo “02ActaReparto” del expediente digital.

² Ver archivo “04AutoAdmiteTutela” del expediente digital.

4.1. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-,

Guardo silencio

4.2. FAMISANAR EPS, mediante escrito³ allegado 08 de junio de 2022⁴, suscrito por la Gerente Zonal, indicó que, de cara a las pretensiones del accionante, se informa que la menor JEWERLY EVIRLEY MONTIEL GUACARI identificada con tarjeta de identidad 1117934905, se encuentra en estado activo, en el Régimen Subsidiado en Categoría SISBEN ; así mismo, se informa que la menor ostenta portabilidad aprobada para Florencia Caquetá, desde el 08 /03/2022. En este sentido se remitió carta de aprobación de portabilidad entregada al solicitante, con su respectiva constancia de envió, respecto al proceso de traslado y /o desafiliación de la EPS famisanar informa que se procedió a realizar marcación en los archivos internos de esta EPS, en aras de que al recibir la solicitud formal de traslado por parte de otra EPS, se apruebe en los procesos masivos que se gestionan con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES.

Es importante mencionar que, la cancelación de afiliación en la base de datos de EPS FAMISANAR SAS con causal de RETIRO POR TRASLADO A OTRA EPS, depende de la solicitud efectiva en los procesos de traslado por parte de otra EPS, en cuanto a la comunicación que el usuario refiere que radico en EPS FAMISANAR solicitando desafiliación se informa que no existe registro de tal solicitud en los aplicativos de PQRD de la EPS, y por lo tanto, no podría endilgarse a la EPS conducta omisiva o vulnerada .

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Corresponde a este Despacho analizar y conocer de la acción de tutela de la referencia, en razón a que la entidad accionada – FAMISANAR EPS – es una entidad del orden Departamental, lo anterior con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y, el artículo 1º, numeral 1 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

5.2 De la acción de tutela

³ Ver archivos “10RespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

⁴ Ver archivos “09CorreorespuestaAsmetSalud” del expediente digital.

Sea lo primero señalar que la acción de tutela es un mecanismo cuya finalidad consiste en garantizar el disfrute de los derechos fundamentales en el evento en que estos hayan sido violados o amenacen ser violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares. Además, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario al que se acude, en últimas, para remediar o evitar un perjuicio, no así una instancia respecto de los derechos reclamados.

Por otra parte, se debe manifestar que esta acción fue establecida para salvaguardar derechos de carácter fundamental correspondiéndole al Juez de tutela velar por la protección inmediata y eficaz de los derechos respectivos que puedan resultar vulnerados o amenazados en determinado momento, siendo conveniente recordar que proteger una situación mediante la acción de tutela genera, para el fallador, la responsabilidad de tener absolutamente claro que de por medio hay una violación lo suficientemente grave como para que se afecte el concepto de persona como entidad moral y de respeto, cuando advierte violación, quebrantamiento o amenaza a los derechos fundamentales del accionante.

5.3. **Legitimación.**

Se observa que la acción de tutela es interpuesta por el señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ, persona directamente afectada, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

Frente a la *legitimación por pasiva*, se encuentra que la acción se interpone en contra de FAMISANAR S.A.S.E.P.S, a cuyo trámite se vinculó a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- quienes presuntamente están desconociendo los derechos de la accionante; por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.4 **Problema Jurídico.**

Así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si FAMISANAR EPS, o las demás vinculadas han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ y su menor hija, y por tanto, resulta procedente ordenar la desafiliación y traslado de Entidad Promotora de Salud, a que tenga cobertura geográfica en el municipio de su residencia.

5.5 Solución al Problema Jurídico.

Carencia actual de objeto por hecho superado

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia⁵, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”⁶. Específicamente, esta figura se materializa a través en las siguientes circunstancias⁷:

Daño consumado. Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro⁸. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración⁹ pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria.

Hecho superado. Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante¹⁰. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado¹¹.

*Acaecimiento de una situación sobreviniente*¹². Se presenta en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviviente, que a diferencia del escenario anterior, no debe tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho.

⁵ Ver entre otras sentencias T- 038 de 2019 y T-086 de 2020.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-519 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo) reiterada posteriormente en sentencias como la T-533 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-253 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), entre muchas.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-200 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada) reiterada en la T-237 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras. || La sentencia T-237 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada).

⁹ Decreto 2591 de 1991, artículo 6: “La acción de tutela no procederá: // (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.”

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias T-970 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-597 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-669 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-021 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-382 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), entre otras.

¹¹ Decreto 2591 de 1991, artículo 26: “[s]i, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

¹² La Corte empezó a diferenciar, a través de su jurisprudencia, una tercera modalidad de carencia actual de objeto cuando acaece un hecho posterior a la demanda. Por ejemplo, las sentencias T-988 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-585 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-200 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-481 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos), entre otras.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional también ha señalado que:

“(i) si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la presentación de la acción de tutela, en los casos en que la consumación del daño ocurre durante el trámite de la acción (en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional), o cuando -bajo ciertas circunstancias- se impone la necesidad del pronunciamiento por la proyección que pueda tener el asunto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), o por la necesidad de disponer correctivos frente a personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional; y (ii) no es perentorio en los casos de *hecho superado* o *acaecimiento de una situación sobreviniente*, salvo cuando sea evidente que la providencia objeto de revisión debió haber sido decidida de una forma diferente (pese a no tomar una decisión en concreto, ni impartir orden alguna), *“para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”*, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”¹³.

5.6. CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto que ocupa la atención de esta Judicatura , como quedó expuesto, el señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ en nombre propio y en representación de su menor hija presenta acción de tutela contra FAMISANAR EPS, pretendiendo a través de este mecanismo residual y subsidiario obtener el retiro de su menor hija de esta EPS, para afiliarla a otra EPS que preste los servicios de atención en salud en la ciudad de Florencia Caquetá , como quiera que FAMISANAR EPS no tiene cobertura para servicios en salud en el Departamento del Caquetá.

En oposición a las pretensiones de la demanda de tutela, FAMISANAR EPS, alega la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, al respecto, indica que notificada la presente acción de tutela el área de afiliaciones procedió a dar la información que la menor JEWELRY EVIRLEY MONTIEL GUACARI se encuentra en estado activo en el Régimen Subsidiado en Categoría SISBEN, y además que ostenta portabilidad aprobada para Florencia Caquetá desde el 08/03/2022 y en tal sentido remiten carta de aprobación de portabilidad entrega al solicitante con su respectiva constancia de envió, respecto al proceso de traslado y/o desafiliación de EPS, FAMISANAR SAS, informa que procedió a realizar marcación en los archivos internos de esta EPS, en aras de que al recibir la solicitud formal de traslado por parte de otra EPS

se apruebe en los procesos masivos que se gestionan la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en salud-ADRES-

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-205A de 2018 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo).

en este orden de ideas, se entrevé que en el presente caso no existe vulneración de los derechos proclamados por el accionante, por cuanto a la fecha se está garantizando el acceso a los servicios del Plan de Beneficios en salud . respecto al proceso de traslado y/o desafiliación de EPS, es claro que depende de la solicitud efectuada por parte de la otra EPS escenario que a la fecha no ha ocurrido, pues se puede evidenciar de la información contenida en el escrito tutelar y anexos al mismo, en lo que ausenta diligencia efectuada en ese sentido por parte del actor.

Descendiendo al caso objeto de estudio, de conformidad con los resultados de la consulta de estado de afiliación de ADRES, se puede establecer que la niña JEWELRY EVIRLEY MONTIEL GUACARI se encuentra en estado ACTIVO del SGSSS, afiliada a FAMISANAR EPS Régimen Subsidiado en calidad de beneficiaria desde el 01/10/2020.

De acuerdo a lo anterior, el accionante debe agotar las vías administrativas para obtener lo pretendido en esta acción, para ello, debe realizar su inscripción o afiliación junto a su núcleo familiar en la EPS receptora, pues tal y como se advierte de las respuestas allegadas a la acción constitucional, no existe prueba de solicitud de traslado o afiliación ante FAMISANAR EPS o ante EPS alguna en la ciudad de Florencia

En este sentido, previo a la interposición de la acción de tutela, el accionante debe agotar los trámites ordinarios dispuestos para tal efecto, pues en virtud del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, no puede ser utilizada para suplir las vías administrativas dispuestas para satisfacer las pretensiones elevadas.

Por tanto, se negará el amparo solicitado, no sin antes exhortar al accionante señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ , para que proceda a realizar los trámites administrativos de afiliación y traslado de su menor hijo ante la Entidad Promotora de Salud -EPS- de su preferencia; así mismo, se exhortará a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que una vez el accionante adelante la solicitud ante la entidad promotora de salud a la cual pretende ser activada, o se realice solicitud de traslado por parte de la EPS receptora, proceda a dar viabilidad o aprobación al traslado de la menor JEWERY EVIRLEY MONTIEL GUACARI, sin imponer trámites administrativos dilatorios que impidan su desafiliación o traslado a la EPS que tenga cobertura geográfica en el lugar de su residencia, previa advertencia que mientras se agotan los trámites administrativos propios de este tránsito, les garantice de manera continua e integral los servicios de salud que requiera la menor.

Por lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE FLORENCIA, CAQUETÁ, administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – NEGAR por improcedente el amparo solicitado por el señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ, por las razones anotadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. -EXHORTAR al señor ANDRES MONTIEL MUÑOZ, para que proceda a realizar los trámites administrativos de afiliación y traslado de su menor hija ante la Entidad Promotora de Salud -EPS- de su preferencia, de acuerdo a la cobertura de atención en salud existente en Florencia Caquetá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- EXHORTAR a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que una vez el accionante adelante la solicitud ante la entidad promotora de salud a la cual pretende ser activada y/o se realice solicitud de traslado por parte de la EPS receptora, proceda a dar viabilidad o aprobación al traslado de la menores JEWERY EVIRLEY MONTIEL GUACARI, sin imponer trámites administrativos dilatorios que impidan su desafiliación o traslado a la EPS que tenga cobertura geográfica en el lugar de su residencia.

CUARTO: ADVERTIR a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que mientras se agotan los trámites administrativos propios de este tránsito, les garantice de manera continua e integral los servicios de salud a los menores JEWERY EVIRLEY MONTIEL GUACARI TI. 1117934905

QUINTO: ORDENAR la notificación de esta decisión a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: En firme esta providencia y en caso de no ser impugnada, envíese la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS CHURTA BARCO

Juez

Firmado Por:

Juan Carlos Churta Barco
Juez
Juzgado Municipal
Penal 003 Control De Garantías
Florencia - Caqueta

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: **0a01ab8ad1324b32d2f4b0cd220c5894caf35fa936fd8a4cb3db54f49a7c60e9**

Documento generado en 21/06/2022 06:20:09 PM

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