



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL FUSAGASUGÁ CUNDINAMARCA

Fusagasugá, Cundinamarca, doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Acción	Tutela
Accionante	Gonzalo Castañeda Ruge
Accionados	EPS Famisanar SAS Fundación Oftalmológica Nacional FUNDONAL Municipio de Fusagasugá –Secretaría de Salud
Radicado	252904003002-2023-0242-00

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela promovida por el señor Gonzalo Castañeda Ruge, en contra de Famisanar EPS, Fundación Oftalmológica Nacional FUNDONAL y el Municipio de Fusagasugá –Secretaría de Salud, para que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social.

ANTECEDENTES

Fundamentos fácticos y pretensiones.

En síntesis, el accionante expone:

- Que se encuentra vinculado con la red prestadora de servicios de salud Famisanar EPS, con diagnóstico de *“Catarata Senil, no especificada, Convalecencia consecutiva a cirugía”*.
- Que se encuentra en condiciones médicas desfavorables, dada a la no prestación de servicios por parte de su EPS, ya que requiere con prontitud el servicio de *“Consulta de control y seguimiento por Retinologo”*, ordenado por su médico tratante desde el 14 de marzo del año en curso.

En consecuencia, solicita se emita orden a cargo de EPS Famisanar para que de manera inmediata proceda a AUTORIZAR y VERIFICAR en favor del señor Gonzalo Castañeda Ruge, el servicio de Consulta de Control y Seguimiento por Retinologo, según lo ordenado por su galeno tratante.

TRÁMITE

Admitida la solicitud de tutela el veintiocho (28) de abril del año 2023, se ordenó comunicar a las demandadas Famisanar EPS, Fundación Oftalmológica Nacional – FUNDONAL y el Municipio de Fusagasugá – Secretaría de Salud, vinculando en esta al Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Salud y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Del mismo modo, en el auto en cita se ordenó como medida provisional a cargo de la EPS Famisanar, que de manera inmediata autorizara y verificara en favor del señor Gonzalo Castañeda Ruge, el servicio de Consulta de Control y Seguimiento por Retinologo, tal como lo ordeno su médico tratante.

Debidamente enteradas las accionadas y vinculadas, se pronuncian como pasa a verse:

Municipio de Fusagasugá –Secretaria de Salud.

Señalo que, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007, es la entidad promotora de salud Famisanar SAS como entidad aseguradora, quien debe garantizar el Plan Obligatorio de Salud en todos sus componentes, siendo la EPS responsable de autorizar el traslado, suministrar los exámenes, tratamientos, medicamentos, servicios y/o insumos correspondientes a fines de amparar la salud del agenciado, en virtud de lo cual, esa Secretaría NO es competente para suministrar medicamentos y/o exámenes al beneficiario del Sistema General de Seguridad Social.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.

Indico que, es función de la EPS, y no de esta entidad, la prestación de los servicios de salud, ni tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. En ese sentido, solicitó negar el amparo deprecado en la demanda de tutela en lo que tiene que ver con su responsabilidad.

A su vez, solicito modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

Departamento de Cundinamarca –Secretaria de Salud.

Indico que, de conformidad con la Resolución 2808 del 30 de diciembre de 2022, la atención medica integral, el suministro de exámenes, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, medicamentos, etc., relacionado con la patología de base que aqueja a la accionante corre a cargo de la EPS Famisanar, pues es quien debe garantizar el tratamiento prescrito por los médicos tratantes.

En consecuencia, solicitan que no se impute responsabilidad a esa Secretaria de Salud, y por consiguiente se desvincule de la presente acción jurídica, toda vez que es a EPS Famisanar, a quien le corresponde la atención integral, (paquete de servicios y tecnologías en salud), con cargo a la UPC y NO UPC.

Fundación Oftalmológica Nacional FUNDANOL.

Por conducto de su representante legal, indican que con el objeto de atender la solicitud se programó al paciente la cita de “Consulta Especializada por retina” para el 11 de mayo de 2023, a las 12:00 pm. Aclara que la cita fue asignada de acuerdo con el requerimiento, sin embargo, se requiere que la autorización generada por FAMISANAR EPS esté dirigida

para la Fundación Oftalmológica Nacional, para que en la fecha de la atención los servicios puedan ser prestados en forma correcta.

Teniendo en cuenta la respuesta allegada por la Fundación Oftalmológica Nacional FUNDONAL, el Despacho dispuso en auto calendarado el 10 de mayo del año en curso, requerir a Famisanar EPS para el acatamiento inmediato de la medida provisional decretada a favor del accionante, ordenando realizar las diligencias a que hubiere lugar para la autorización respectiva a la IPS Fundación Oftalmológica Nacional.

EPS Famisanar SAS.

En primer lugar, advierten que, una vez conocida la queja constitucional, procedieron a establecer el estado de prestación de servicios se evidencio que el servicio médico requerido cuenta con autorización vigente No. (POS) 249-75439822 autorizada el 10 de mayo hogaña a las 15:37:08, remitiendo al afiliado a la Fundación Oftalmológica Nacional para el servicio Consulta de Control y Seguimiento por Retinologo, el día 11 de mayo del año en curso a las 12:00 m.

Acotan que establecieron comunicación el día 11 de mayo del año actual con el señor Gonzalo Castañeda al teléfono 3044404454, quien manifestó que se dirigía hacia la cita de Retinologia programada en la IPS FUNDONAL de Bogotá, la cual contaba con la autorización para la correcta prestación del servicio.

CONSIDERACIONES

Competencia.

Esta agencia judicial es competente para conocer y fallar de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 86 de la Constitución Nacional, artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el inciso 2°, numeral 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. Del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021.

La Acción de Tutela.

La acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta Política de 1991, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 8° del Decreto 2591 de 1991).

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocerla validez de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. De manera que, al existir estos mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la afectación de sus derechos debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para efecto, exigencia ésta que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrita, que pretende asegurar que una acción tan expedita

no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes.

Del derecho a la salud y su protección a través de este medio constitucional.

El artículo 49 de la Carta Política reconoce la obligación por parte del Estado de Garantizar a todas las personas la atención en salud que requieren. A partir del texto de dicha disposición, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y reiterada jurisprudencia en la cual ha precisado que dicho derecho es de carácter fundamental y que comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo con el mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud.¹

No obstante, el derecho a la salud no era reconocido por quien tenía a su guarda la constitución, como un derecho fundamental autónomo, sino conexo a otros como el de la vida, como por caso. Por lo tanto, en cuanto a protección se hablaba por conducto del medio dispuesto en el Art. 86 de la Constitución Política, solo era posible en caso de encontrarse amenazado el principal, es decir, en el ejemplo líneas atrás descrito, el de la vida.

En recientes pronunciamientos, se observó por la ciudadanía, y con especial agrado por los operadores judiciales, un cambio en la línea argumentativa sobre la naturaleza de este derecho, el de la salud, pues reconocieron los H. Magistrados de la Corte Constitucional, con gran acierto, el valor autónomo e independiente que tiene el derecho a la salud como derecho fundamental, pues se trata de una prerrogativa que abarca en gran medida circunstancias que aunque puedan que amenacen ulteriormente otros iusfundamentales como el de la vida, no siempre era así, como pasaba cuando la contingencia daba cuenta de una alteración de estado emocional, físico y mental de una persona, es decir, la calidad de vida.

Fue así entonces que en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, y reiterado en la T-439 de 2010, la Corte Constitucional expresamente señaló que "... la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presente un déficit de protección constitucionalmente inadmisibile. (...) En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura..."

Y en esa línea, se reconoce hoy en día que de cara a verificar la naturaleza del derecho a la salud y su posible vulneración, no es imperiosa su vinculación con otro derecho posiblemente transgredido, sino que por su carácter de iusfundamental autónomo puede ser protegido sin mayor exigencia adicional.

De esta manera, puede colegirse de un lado, que cualquiera que sea el evento o motivo que implique la vulneración del derecho fundamental a la salud o en el peor de los

¹ Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

escenarios el de la vida, la acción de tutela no resulta ser solo un instrumental alcance del perjudicado para la protección de los derechos, sino el medio más idóneo y eficaz para evitar un perjuicio irremediable, pues no de otra forma se podría hacer efectivo el derecho a la salud como autónomo, y evitar un daño consumado.

De la carencia actual de objeto.

Se sabe, porque así lo ha explicado la Corte Constitucional en el devenir de los fallos que en sede de revisión ha dictado, que el fenómeno de la carencia actual de objeto recoge la ausencia o el desaparecimiento del hecho generador de la violación o amenaza de un derecho fundamental, ya sea porque la orden del Juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto, (hecho superado), ya por haber fallecido el accionante (daño consumado).

Más concretamente, el órgano colegiado citado dijo en sentencia T-309 de 2006, reiterada en la T-058 de 2011, donde ocurrió un caso de contornos similares; lo siguiente:

“la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto; esto es, ‘caería en el vacío’, este fenómeno puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado”.
(...)

...el hecho superado “se presenta cuando por la acción u omisión del obligado, desaparece la afectación del derecho cuya protección se reclama, de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez constitucional”, mientras que la carencia de objeto por daño consumado “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela” (negrilla y subrayas fuera del texto).

De suerte que, si se indaga en sede de tutela que uno de los eventos descritos se ha presentado en el caso que se estudia, implica que no es necesario un pronunciamiento con base en los supuestos que fincan la acción, y por tanto deviene la declaratoria de la carencia actual de objeto, salvo que se trate de un daño consumado, pues en dicho evento aún persistirían los efectos de la vulneración en los derechos de los familiares.

Problemas jurídicos.

Corresponde a este despacho, determinar, con base en las circunstancias de hecho narradas en el escrito de tutela y en las pruebas aportadas, si,

- (i) ¿Operó en el presente asunto el fenómeno del hecho superado en lo que se refiere al servicio de “Consulta de control y seguimiento por Retinólogo”, en favor del señor Gonzalo Castañeda Ruge, tal como lo ordeno su médico tratante?

Si la respuesta al interrogante es negativa,

- (ii) ¿La EPS Famisanar SAS vulneró los derechos fundamentales del agenciado, que requiere determinado servicio de salud de manera urgente y no les es autorizado ni practicado?

Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es SÍ, por las siguientes razones.

En esta ocasión, para el despacho no es necesario disponer de orden adicional para conjurar la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales del agenciado, pues ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado; al fin de cuentas, ha desaparecido la amenaza o la vulneración que dio origen a la solicitud de amparo.

Lo anterior es así, pues frente a la petición de autorización y agendamiento del servicio de “Consulta de control y seguimiento por Retinologo”, se concedió el amparo mediante medida provisional en auto que admitió la acción, para que de manera inmediata la EPS procediera a ello.

Con ocasión de dicha medida, Famisanar EPS dispuso direccionar al paciente Gonzalo Castañeda Ruge hacia la Fundación Oftalmológica Nacional con autorización vigente No. (POS) 249-75439822, autorizada el 10 de mayo de 2023 a las 15:37:08, consulta que se agendó para el 11 de mayo del año en curso a las 12:00 m.

Del mismo modo, la aseguradora de salud indicó que establecieron comunicación el día de ayer con el señor Gonzalo Castañeda, al teléfono 3044404454, quien manifestó que se dirigía hacia la cita de Retinología programada en la IPS FUNDONAL, ubicada en la ciudad de Bogotá, la cual contaba con la autorización para la prestación del servicio.

Entonces, como la condición jurídica para aplicar la figura jurídica del hecho superado se reduce a “que se haya satisfecho por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, es decir, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna”², bien parece que la amenaza se superó en desarrollo de este trámite constitucional.

Así las cosas, se declarará que ha operado el fenómeno del hecho superado, repítase, frente al episodio analizado, y como consecuencia de ello se hace innecesario dar respuesta al segundo problema jurídico planteado.

En consideración a lo anterior, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Fusagasugá Cundinamarca, administrando Justicia en nombre del Pueblo y por mandato Constitucional

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR carencia actual de objeto por hecho superado dentro de la presente acción de tutela formulada por el señor Gonzalo Castañeda Ruge, en contra de EPS Famisanar SAS.

SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión a los intervinientes por el medio más

² Sentencia T-308 de 2003, MPH. Rodrigo Escobar Gil, y Sentencia T-200 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

idóneo y eficaz, de acuerdo con lo consignado en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991. Infórmese que esta sentencia puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes hábiles a su enteramiento.

TERCERO. REMITIR el expediente ante la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARTHA JEANNETTE LÓPEZ SANCHEZ
JUEZ