

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	2021-103
Accionante:	Javier Antonio Puentes Puentes
Accionado:	EPS Famisanar
Decisión:	Niega Tutela - hecho superado

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por el ciudadano JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, quien obra en nombre propio, en contra de la EPS Famisanar, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de salud, vida y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

Es de anotar que el Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá, allegó correo electrónico el día 14 de mayo de 2021, en el cual informa que revisada las diligencias que allegaron a ese Despacho y teniendo en cuenta la respuesta de la E.P.S. accionada FAMISANAR E.P.S., evidencian la presentación y reparto de otra tutela de iguales características a la solicitud de protección que ellos adelantan y la de ese Despacho fue repartida con posterioridad; que ambas tutelas se encuentran en trámite coincidiendo en objeto y causa y con el fin de evitar la emisión de dos fallos sobre el mismo asunto, remiten la presente acción constitucional a este estrado judicial; razón por la cual, este Despacho resolverá esta acción teniendo en cuenta que es la misma identidad de partes e igualdad de pretensiones.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El actor, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que el 27 de abril de 2021 le entregaron el resultado de la prueba de inmunoserología siendo positivo para el Coronavirus (Covid-19); que ha presentado malestar general, perdiendo el olfato, gusto y dolor de cabeza; ha llamado en varias ocasiones a la EPS sin recibir atención, ni le agendan cita, ni le indican que tratamiento debe seguir.

2. Agrega que ningún profesional de la salud lo ha atendido, colocando su salud y vida en riesgo con la enfermedad que padece y no le han otorgado incapacidad.

PRETENSIONES

Solicita se tutele a su favor los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello, se ordene a la EPS Famisanar, disponga lo necesario para que reciba la atención médica y el tratamiento médico a seguir.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

EPS Famisanar

La directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la EPS en mención informo al Despacho que, para el caso en concreto se procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de esa Entidad, quienes con base en la historia clínica del paciente indican lo siguiente:

“(...) el afiliado presento prueba covid19 del 27-04-2021 resultado positivo tomado por particular, se hace seguimiento al afiliado quien informa que actualmente presenta mejoría de su estado de salud, refiere dolor de cabeza ocasional, con mejoría con analgésico, afiliado estaba reportado a ips primaria para teleconsulta , afiliado informa que hoy 07-05-2021 medico de ips Colsubsidio realiza teleconsulta a las 10:00 am, quien entrega certificado de aislamiento hasta el día 10-05-2021, adicional hoy se entregó carta de recomendaciones de aislamiento. se dan recomendaciones y educación al afiliado, se resuelven dudas e inquietudes, hoy se encuentra día 11 de aislamiento, se explica que debe continuar aislamiento hasta el 10-05-2021 y se puede reintegrar si se encuentra bien de salud (...)”

Agrega que el accionante viene recibiendo la atención establecida por el Ministerio de Salud en la Ruta del Covid 19 por parte de su representada en cumplimiento de las obligaciones que le asisten con respecto a la normatividad que así lo establece y rige de manera general el Sistema sin ninguna novedad al respecto, encontrándose ante una carencia actual de objeto; que en consecuencia, ante la ausencia de violación de derechos fundamentales se debe declarar la improcedencia de la protección solicitada.

Frente al tratamiento integral, no es procedente que se conceda, por cuanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la entidad que representa haya vulnerado o vaya a vulnerar o negar deliberadamente servicios en un futuro, violando de esta manera uno de los principios generales del derecho denominado el principio de Buena Fe, el cual debe presumirse tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional en su amplia jurisprudencia.

Por los argumentos esbozados, peticionan declarar la improcedencia de la acción, debido a que la entidad a la que representa, ha garantizado la prestación de los servicios en salud que le han sido ordenados.

TERCERO VINCULADO

ADRES- Administradora de los recursos del sistema de salud

El abogado de la entidad en mención manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad; adiciona que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Finaliza solicitando al Despacho que se niegue lo requerido por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, porque los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado, esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor y en consecuencia desvincular a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante.
- Fotocopia del resultado de la prueba del Covid-19 a nombre del accionante.

La EPS Famisanar, no aportó documento alguno que respaldará su respuesta a esta acción; el Adres, allegó poder especial para actuar en esta tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de atender a los beneficiarios del Plan Obligatorio en Salud.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante y las entidades accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. La Salud y Seguridad Social

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se

refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales.¹

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esa providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y

¹ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, (ii) porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o (iii) porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales².

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “*un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental*”³

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, la Corte Constitucional, también consideró necesario determinar que en ciertos casos la

² Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante de la paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la EPS Famisanar vulnera los derechos fundamentales de salud, vida y seguridad social de JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, al no brindarle la atención médica ni el tratamiento adecuado por la situación en que se encuentra el paciente.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso de marras se tiene la presunta vulneración al derecho de salud, vida y seguridad social de JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, quien ha presentando malestar general, con pérdida de olfato, gusto y dolor de cabeza, con resultado de examen positivo para el Coronavirus (Covid-19); ha llamado en varias ocasiones a la EPS sin recibir atención, ni le agendan cita, ni le indican que tratamiento debe seguir.

Ahora bien, la EPS Famisanar en respuesta a este Despacho, hace saber que el afiliado presentó prueba Covid-19 el 27 de abril de 2021 con resultado positivo tomado por particular, que se le hizo seguimiento al accionante quien informa que actualmente presenta mejoría de su estado de salud, refiere dolor de cabeza ocasional, con mejoría con analgésico; que el afiliado está reportado a IPS primaria para teleconsulta he informa que el 07 de mayo del presente año, el médico de la IPS Colsubsidio le realizó teleconsulta, quien entrega certificado de aislamiento hasta el día 10-05-2021, adicional se entregó carta de recomendaciones de aislamiento, se dan recomendaciones y educación y se resuelven dudas e inquietudes al afiliado, se le explica que debe continuar en aislamiento hasta el 10 de mayo de 2021 y que se puede reintegrar si se encuentra bien de salud.

Sin embargo, en aras de corroborar lo informado, este Despacho se comunicó telefónicamente con el abonado 3124372747, siendo atendido por quien dijo llamarse JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, manifestando que lo habían atendido por teleconsulta y también tuvo consulta presencial, que se encontraba mejor de salud; que la atención con la EPS no fue la mejor, que tuvo varios obstáculos para la prestación del servicio y por ese motivo recurrió a esta

acción; informando al Despacho que con respecto a las pretensiones de esta tutela, la EPS había dado cumplimiento con lo solicitado en la misma, en cuanto a la atención médica.

En este orden de ideas concluye el Despacho, que se esta ante un **HECHO SUPERADO**, frente a la atención médica, requerida con esta acción.

Al respecto, en la Sentencia T- 439 de 2018 M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, se puntualizó respecto al marco conceptual del Hecho Superado:

- (i) *El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.*
- (ii) *Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.*
- (iii) *Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.*
- (iv) *Es preciso reiterar que el “hecho superado” sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.*
- (v) *Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela.*

Quiere decir lo anterior que, actualmente no existe una orden que impartir para procurar la protección de los derechos fundamentales reclamados por JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, quien obra en nombre propio, en contra de la EPS Famisanar; razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela por constituir **HECHO SUPERADO**; frente a la atención médica, por cuanto la misma ya se realizó.

Tutela No. 2021-103
Accionante: Javier Antonio Puentes Puentes
Accionada: EPS Famisanar
Decisión: Niega tutela – Hecho superado

De la misma manera no se tutelar  en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud (ADRES), al establecerse que no ha vulnerado derechos fundamentales de JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por JAVIER ANTONIO PUENTES PUENTES, quien obra en nombre propio, en contra de la EPS Famisanar, por constituir la acción frente a la atención médica, UN HECHO SUPERADO, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NO TUTELAR la presente acción en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema en General de Salud (ADRES), como quiera que esta institución no ha vulnerado derechos fundamentales del actor, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: INFORMAR al accionante y accionado, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. De no ser recurrida este fallo, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA

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:
c43309051c50d3b0bedf79d2a19231759f991b6bc59d112f7b54a4acdbf2263c
Documento generado en 18/05/2021 09:20:53 PM

Tutela No. 2021-103
Accionante: Javier Antonio Puentes Puentes
Accionada: EPS Famisanar
Decisión: Niega tutela – Hecho superado

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