REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JURISDICCIONAL

Radicación: **25-473-40-03-001-2021-01042-00**
Accionante: **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ**
Accionado*:* **E.P.S FAMISANAR**

JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA

Agosto Veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE

Recurre al trámite de la acción constitucional a nombre propio la señora **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ**

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA

La acción es instaurada en contra **FAMISANAR E.P.S.** Representada legalmente por ELIAS BOTERO MEJIA según Certificado de Existencia y Representación legal allegado por el Despacho a la acción tutelar.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS O AMENAZADOS

Busca la accionante se le ampare el derecho fundamental a la SALUD, a su juicio conculcado por la entidad accionada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se compendian:

Manifiesta la accionante que se encuentra a filiada en calidad de COTIZANTE a FAMISANAR E.P.S desde el 03 de diciembre de 2015.

Que para el día 28 de julio ingresó a la FUNDACION OFATALMOLOGICA NACIONAL a consulta por motivo de desprendimiento de retira, donde como resultado de la consulta el especialista ordena autorizar prioritario "*SE SOLICITA FACO SIN LIO+RETINOPEXIA CON*

BANDA + VITRECTOMIA POSTERIOR + ENDOLASER + GAS O SILICON OJO IZQUIERDO (SEGÚN HALLAZGOS SE CONSIDERA POSIBILIDAD DE HACER RETINOPEXIA CON GAS",

Que el 29 de julio, radica solicitud ante la E. P.S. FAMISANAR a fin de que sea autorizada dicha cirugía, informándole que en COLSUBSIDIO no contaban con el especialista para realizar esa cirugía, que se estaba estudiando la posibilidad de autorizarla para la FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL, sin embargo no ha recibido respuesta y ya han pasado 8 días hábiles incumpliendo el tiempo estipulado de respuesta de 5 días hábiles como se encuentra publicado en la página web de Famisanar.

Además indica que, está en riesgo la pérdida del órgano de la visión, pues en Colombia no hay trasplantes de retina, por lo cual como ciudadana y víctima del sistema de salud estaría frente a un problema de salud catastrófico, ya que puede llegar a quedar ciega si la intervención quirúrgica no se hace lo más pronto posible, como atención prioritaria.

Finalmente, solicita se tutele el derecho fundamental invocado ordenándole a FAMISANAR E.P.S. AUTORICE la orden para que en la FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL se le realice el procedimiento requerido, teniendo en cuenta la prioridad de la misma.

PETICIÓN DE LA TUTELA

En concreto pretende la petente del juez constitucional que se le ordene a FAMISANAR E.P.S.,

-**AUTORICE** para que en la **FUNDACION OFTLMOLOGICA NACIONAL** se le realice el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante; "***FACO SIN LIO+RETINOPEXIA CON BANDA + VITRECTOMIA POSTERIOR + ENDOLASER + GAS O SILICON OJO IZQUIERDO (SEGÚN HALLAZGOS SE CONSIDERA POSIBILIDAD DE HACER RETINOPEXIA CON GAS***".

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

Mediante providencia de fecha 12 de Agosto de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a **E.P.S. FAMISANAR** para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Surtida la notificación a **E.P.S FAMISANAR ,** ésta a través de **ESPERANZA PATIÑO ARIAS** en calidad de Directora del Nodo Sabana Sur Facatativá E.P.S**.,** allega respuesta el día 18 de agosto de 2021, indicando al Despacho que una vez conocida la acción de tutela se procedió a verificar el estado de prestación de servicios con el área responsable de la entidad quienes le indican lo siguiente:

> *"(…) En respuesta al requerimiento le informo:*
> *Se evidencia orden medica autorizada el 17/08/2021 n° aut 7684162 para la ips FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL (FUNDONAL.*
> *El 17/08/2021 se envía correo a la ips, solicitando la programación del mismo, nos dan respuesta indicando*

que:

*La paciente **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ CC 23823383** tuvo valoración de anestesia el 13/08/2021 y*

*está programada para el procedimiento quirúrgico para el próximo **jueves 19 de agosto de 2021**.*

(...)"

Manifiesta que de acuerdo a lo anteriormente informado, fueron programados los servicios requeridos por el usuario por lo que se encuentran en una CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.

Como conclusión, solicita se Denegar la Acción de Tutela instaurada por la accionante en contra de FAMISANAR E.P.S por presentarse CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, así mismo declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante por parte de la E.P.S. FAMISANAR.

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA: Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

CUESTIÓN PRELIMINAR: Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán losrequisitos de procedencia de la misma con relación a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) el requisito de inmediatez, superados los cuales se formulará el respectivo PROBLEMA JURÍDICO.

a-Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

En este caso la señora **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ**, actúa en nombre propio incoando acción de tutela, tras considerar que **FAMISANAR E.P.S** ha vulnerado el derecho fundamental a la salud, existiendo **legitimación por activa.**

Igualmente, **legitimación por pasiva** respecto de la entidad accionada por cuanto es la entidad contra la cual se reclama la protección de dichas garantías presuntamente vulneradas.

b-Inmediatez

El requisito de inmediatez "*exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos".*

> *(...) el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar "si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe*

responder a criterio de protección constitucional …" [1]

En el caso que se analiza los hechos generadores del presente amparo se presentaron el julio de 2021 y la acción constitucional se interpuso en el mes de agosto de 2021, luego se cumple el requisito de inmediatez.

c-Subsidiariedad

Cómo quedó visto el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensajudicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Descendiendo al presente caso se advierte que la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, que sea idóneo y eficaz para la protección inmediata de su derecho fundamental de petición cuyo amparo solicita, cumpliéndose con el requisito de subsidiariedad.

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde ahora al Despacho determinar si la **E.P.S. FAMISANAR**, ha vulnerado el derecho fundamental a la SALUD de la señora **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ** por cuanto según ésta afirma, a la presentación de la Acción de Tutela no se ha expedido autorización por parte de la accionada, para la práctica del procedimiento quirúrgico "***FACO SIN LIO+RETINOPEXIA CON BANDA + VITRECTOMIA POSTERIOR + ENDOLASER + GAS O SILICON OJO IZQUIERDO (SEGÚN HALLAZGOS SE CONSIDERA POSIBILIDAD DE HACER RETINOPEXIA CON GAS***", que le fuera ordenada por el médico tratante el pasado 28 de julio de 2021 en consulta por desprendimiento de retina.

Para resolver el **PROBLEMA JURÍDICO** planteado, el despacho hará referencia a:
(i) la naturaleza y procedibilidad de la acción de tutela;
(ii) del concepto del médico tratante, el derecho fundamental a la salud;
(iii) de la carencia actual de objeto por hecho superado y, finalmente
(iv) se arribará al CASO CONCRETO.

DE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares. "*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar*

---

[1] Corte Constitucional, sentencia T-199/15

un perjuicio irremediable."

De ahí que es dable indicar que la acción de tutela exige la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos e instancias que el afectado hubiere tenido a su alcance para solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, porque de lo contrario, se hace inminente su declaratoria de improcedencia, así lo ha reiterado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional[2]

DEL CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE

El galeno tratante es el profesional idóneo para emitir las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Corte al reiterar que el ordenamiento constitucional le garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el de acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana2. En esta línea, ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima faci*e*, el médico tratante.

En sentencia T- 557 DE 2017 precisó que:

> *"En principio, la competencia para emitir un diagnóstico corresponde al médico tratante adscrito a la red prestacional de la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado el usuario, toda vez que es la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, además, es el profesional que conoce el historial médico del paciente. De ahí que su concepto sea el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. No obstante, esta Corporación ha indicado que el hecho de que tal concepto médico sea un criterio principal, no significa que sea exclusivo; ya que el diagnóstico de un médico externo puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva bajo el cumplimiento de ciertos supuestos".*

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio3.

De ahí, que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD

La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; y otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. De dicha garantía se desprende el acceso oportuno y de calidad a los

---

[2] Ver sentencias T-007 de 1992, T 051 de 2006, T-179 de 2009, entre otras

servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible

Sobre el particular la H. Corte Constitucional, en sentencia T - 579 de 2017 precisó:

> *"(…) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible"*

De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación,a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Precisó esta Corporación mediante el precitado fallo que

> "(…) *el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, einterculturalidad, entre otros".*
>
> *"En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componentes y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados"*[3]

DE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.

Como quedó visto el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de determinados particulares; es por ello que cuando se termina, suspende o desaparece la causa que ha dado origen a esa transgresión o amenaza, la tutela pierde su razón de ser, lo cual significa que la decisión del juez resulta inocua frente a la efectividad de esas garantías invocadas.

Este fenómeno ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional como carencia actual de objeto que *"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. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado".*

Específicamente en cuanto a la "*carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, razón por la cual cualquier ordenjudicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna."1*

[3] Sentencia T – 326 de 2010

DEL CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se advierte del análisis del material probatorio que la **E.P.S**. **FAMISANAR** dentro del trámite de la presente acción constitucional aporta constancia de la autorización *Nº 7684162* expedida para la **IPS FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL** del 17/08/2021 para la práctica del procedimiento ordenado por el médico tratante, igualmente se informa que la accionante ha recibido valoración por anestesia el 13/08/2021 y está programa para el procedimiento quirúrgico para el día jueves 19 de agosto de 2021.

De la respuesta allegada por la entidad accionada se corrió traslado a la accionante mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2021, notificada en la misma fecha, por el término de un (1) día, traslado que descorrió en silencio.

Así las cosas y como quiera que se evidencia que a la fecha de la emisión del presente fallo se satisfizo la aspiración de la señora **MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ**, cesando en consecuencia la afectación asu derecho fundamental a la salud; se denegará la tutela por carencia actual de objeto por HECHO SUPERADO.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA CUNDINAMARCA**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – NO TUTELAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, invocado por MARIA EVELIA CASTRO JIMENEZ contra E.P.S. FAMISANAR Representada legalmente por **ELIAS BOTERO MEJÍA, y a través de ESPERANZA PATIÑO ARIAS, obrando en calidad de Directora del NODO SABANA SUR DE FACATATIVA y como encargada de los fallos de tutela, por CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO**

SEGUNDO: **NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO** lo aquí resuelto a la accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciese**.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Del Pilar Oñate Sanchez
Juez Municipal
Civil 001
Juzgado Municipal

Cundinamarca - Mosquera

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:

97879d17a5cecbd0b2d9ae97dfd4e84d873e81eb8ce28e848181e56ca5cdd750

Documento generado en 26/08/2021 03:20:07 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica