



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL**

Mosquera, Junio Nueve (09) de dos mil veintidós (2022)

Radicación: **25-473-40-03-001-2022-00643-00**
Accionante: **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**
Accionado: **FAMISANAR EPS**

VISTOS.

Se decide el mérito de la acción de tutela interpuesta por **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, quien actúa en nombre propio, contra, **FAMISANAR EPS**, con tal fin se emiten los siguientes:

ANTECEDENTES.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA ACCIÓN

Manifiesta la accionante que es un paciente de 45 años, con el diagnóstico: “PACIENTE EN CONTROLES PERIODICOS POR NEUROLOGIA YA QUE CURSA CON EPILEPSIA GENERALIZADA DESDE LA INFANCIA ESTA CONTROLADA CON MEDICAMENTO QUE RECIBE SIN RECURRENCIAS EN ULTIMOS 3 AÑOS y CATARA OD” como reposa en mi historial clínico.

El estado de salud como se registra en su historia clínica, debe estar bajo observación médica del profesional especializado en el área de neurología y Oftalmología.

El día 8 de Julio de 2021 el profesional especializado en el área de Neurología, autorizo y ordeno Consulta de control o seguimiento por Neurología.

Igualmente ordeno la realización del examen médico de electroencefalograma computarizado.

El día 23 de Marzo de 2022 el profesional especializado en el área de Oftalmología, autorizo y ordeno la realización del examen médico de Biometría Ocular.

El día 29 de Marzo de 2022, en ejercicio de derecho fundamental de petición, solicita ante la E.P.S Famisanar:

- a. Asignación de cita con especialista con medico laboral para iniciar proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral.
- b. Asignación de cita con especialista con médico tratante de neurología el Doctor Leonardo Fabio Hernández Reina.
- c. Se agende hora y fecha de los exámenes médicos de electroencefalograma computarizado. Y Biometría ocular.

El día 4 de mayo de 2022, obtiene respuesta al derecho de petición, informando, el agendamiento a la cita médica de neurología y la práctica de los exámenes médicos, pero rechazando la posibilidad de agendamiento con medico laboral y no pudiendo agendar la cita de oftalmología debido a problemas administrativos.

Debido al estado de salud, se ha imposibilitado una vinculación laboral formal desde el mes octubre, debido a que ha vivido múltiples rechazos y violaciones de los derechos fundamentales por parte de las empresas donde se ha postulado a trabajar, debido a que su falta de comprensión, humanidad y violación al sistema jurídico colombiano, rechazan la posibilidad de ser contratada.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

Afectando gravemente los derechos fundamentales, debido a que no tiene un ingreso formal, lo cual no puede garantizar las necesidades básicas de la familia bajo la figura de mujer cabeza de familia sin la ayuda del padre, de su hijo menor de edad, donde es la responsable de garantizar su educación, útiles escolares y uniformes, salud y todo lo concerniente para garantizar un ambiente familiar en condiciones dignas.

Razón por la cual requiere una cita con medico laboral, para que valore y califique la pérdida de capacidad laboral la cual ha sido negada por la E.P.S, en varias ocasiones, actuar que va en contra de la normatividad laboral colombiana (Decreto 1507 de 2014 y Decreto 1072 de 2015), donde se establece que los casos cuando la enfermedad es de origen común, la persona puede solicitar ante las E.P.S, concepto de medico laboral con el fin de se dictamine y valore la capacidad laboral, siempre cuando se evidencia que el trabajador haya cotizado al sistema de seguridad social, como es el caso en concreto donde hasta el mes octubre estaba cotizando, pero debido a las condiciones y tratamiento médico, su estatus cambio a subsidiario.

PRETENSIONES

1. Se tutele el derecho fundamental a la Salud, en conexidad con el derecho de Petición.
2. Se le ORDENE a FAMISANAR EPS, que brinde los siguientes servicios médicos:
 - a. Se autorice agendar cita médica con profesional de la salud en el área de medicina laboral.
 - b. Se autorice consulta de control o de seguimiento por especialista en Oftalmología.

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

Mediante proveído de fecha treinta y uno (31) de Mayo del año en curso, se admitió la acción de tutela, ordenándose la notificación a **FAMISANAR EPS**, para que ejercieran su derecho de defensa e informara sobre los hechos sustento de la misma.

Además, se ordenó la vinculación a la **SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA**.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

FAMISANAR EPS

por medio de JOSE EDISON NUÑEZ, actuando en calidad de Gerente de la Regional Sabana Sur de EPS FAMISANAR SAS, manifiesta que FAMISANAR EPS ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido la paciente y, en cuanto a la solicitud de la accionante es pertinente indicar con base en la historia clínica lo siguiente:

Frente a la pretensión de consulta de oftalmología

“(...) Se autoriza el servicio el día de hoy 02/06/2022 No aut 87340215 para la IPS Fundonal quienes agendan cita para el día lunes 06 de junio a las 2:00 pm con la Dra Alejandra Murcia, se intenta comunicación con la usuaria al número de contacto 3214380779, pero no es posible, se envía información de la cita y autorización al correo electrónico sandraaaaa456@gmail.com adjunto soporte de los mismos. Quedo atenta (...)” *Cursiva fuera de texto*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

Frente a la pretensión de cita de medicina laboral

El área encargada manifiesta: “(...) Se confirma que la señora SANDRA GUTIERREZ GUTIERREZ, no adelanta ningún proceso con medicina laboral de EPS FAMISANAR.

En cuanto al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, que incluye porcentaje y fecha de estructuración, se encuentra a cargo de los fondos de pensiones quienes evalúan la solicitud y realizan el respectivo direccionamiento, ya sea para que se continúen pagando subsidio por incapacidad (cotizantes) o se realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Es de aclarar que por normatividad legal vigente se debe emitir de parte de la EPS el concepto de rehabilitación para que el fondo de pensiones realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral, sin embargo y haciendo una revisión del caso de la usuaria en nuestra base de datos se evidencia tampoco cumple con los días de incapacidad que se requieren para realizar el trámite. “(...) Decreto Ley 019 del año 2012, que a la letra reza: Teniendo en cuenta que este concepto debe emitirse entre el día 90 y 120 de incapacidad continua para iniciar los trámites ante el respectivo fondo de pensiones en que se encuentre afiliado el usuario (...)”

Este concepto no representa una calificación de origen, y es remitido a su aseguradora de fondo de pensiones para que sea esta quien realice el análisis de acuerdo con el caso, ya sea para que le continúen pagando subsidio por incapacidad o realicen la calificación de la pérdida de capacidad laboral (..) (Cursiva fuera del texto)

Igualmente se evidencia que la señora SANDRA GUTIERREZ GUTIERREZ se encuentra activo como beneficiaria compañera. De acuerdo con lo anterior se confirma que los procesos de medicina laboral se realizan para cotizantes activos en la EPS como empleados dependientes o independientes, ya que el propósito de asistir con medicina laboral es brindar un acompañamiento al trabajador y a la empresa en el proceso de calificación de origen, y la emisión del concepto de rehabilitación.

Solicita evaluar el tipo de afiliado que es el accionante, motivo por el cual se le ha negado el acceso a dicho servicio, en el entendido que si ostenta dicha calidad de BENEFICIARIO, es porque no realiza los aportes que efectúa el afiliado en calidad COTIZANTE pues estos se hacen en calidad de trabajador y su fin es el reconocimiento para cuando se enferma o se accidenta, el médico tratante le prescribe una incapacidad médica, durante la cual el trabajador queda incapacitado para trabajar, tiempo por el cual recibe un auxilio económico.

Es importante resaltar que, con esta actuación dentro del marco legal vigente, FAMISANAR EPS no ha transgredido ni se ha retraído de prestar y garantizar algún derecho fundamental Constitucionalmente protegido al accionante, pues durante la presentación de la presente demanda de tutela, no se exhibió ni demostró que se encuentren pendientes servicios de salud u otros que pongan en riesgo la vida del accionante.

Finalmente peticiona DENEGAR la acción de tutela instaurada por el accionante en contra de FAMISANAR EPS por CARENCIA ACTUAL DE OBJETO, segundo, declarar IMPROCEDENTE la presente acción, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales de la accionante, por parte de FAMISANAR EPS y Denegar la acción de tutela instaurada por el accionante, por cuanto la conducta desplegada por FAMISANAR EPS ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud y la vida del usuario, dentro de las obligaciones legales de la misma y, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA

Por medio de WALTER ALFONSO FLOREZ FLOREZ, Director Operativo, manifiesta que el usuario: **SANDRA GUTIERREZ GUTIERREZ**, se encuentra en la base de ADRES (antes FOSYGA) – BDUA afiliado activo al régimen CONTRIBUTIVO a la EPS FAMISANAR del municipio de FUNZA- Cundinamarca., por lo tanto, se encuentra en condición de BENEFICIARIO.

Se trata de un paciente con DX. CATARATA OD, IRIDODIALISIS OD MERIDIANO, el suministro de exámenes, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, medicamentos, médico etc., relacionado con la patología de base que la aqueja, está a cargo de la EPS FAMISANAR, quien es la institución que debe garantizar el tratamiento prescrito por los médicos tratantes. Teniendo en cuenta lo estipulado en la Resolución 2292 de fecha 23 de Diciembre de 2021 y sus anexos técnicos 1:” Listado de Medicamentos”, anexo técnico 2” Listado de Procedimientos”, anexo técnico 3 “Listado de procedimiento de laboratorios clínicos”. Expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Los servicios y tecnologías en salud no financiados con recursos de UPC o servicios complementarios prescritos, por parte de los profesionales de la salud que estén debidamente inscritos en Re THUS (Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud), y facultado por las disposiciones legales y normativas vigentes en materia de prescripción (médicos, odontólogos y optómetra), realizan la prescripción u órdenes de las tecnologías en salud a través de la herramienta tecnológica que el implemento el ministerio de Salud (MIPRES) y posteriormente será reconocido el pago por la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

No hace parte del objeto social garantizar los servicios de salud, corresponde directamente a la EPS FAMISANAR, quien es la que percibe los dineros para estos servicios, los cuales garantizan a través de su red de prestación de servicios contratada por la EPS. Es competencia de la secretaria de Salud de Cundinamarca, garantizar la prestación de servicio de salud de la población pobre no cubierta y los eventos no poss del régimen subsidiado del departamento de Cundinamarca.

Solicita a su señoría no se impute responsabilidad a la SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA, y por consiguiente se desvincule de la presente acción jurídica, toda vez que es la EPS FAMISANAR., quien le corresponde la atención integral, (paquete de servicios y tecnologías en salud), con cargo a la UPC y NO UPC.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE ESTA INSTANCIA

COMPETENCIA.

Este despacho es competente para conocer de la acción de tutela contra cualquier autoridad pública de orden distrital o municipal o contra particulares, según lo normado por el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta que este Juzgado tiene jurisdicción en el lugar de ocurrencia de la presente vulneración.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación para acudir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de tutela corresponde indiscutiblemente al titular de los derechos fundamentales que han sido materia de vulneración con ocasión de la acción u omisión de la autoridad.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

En este caso, existe legitimación en la causa por activa, pues la señora **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, instaura acción de tutela, tras considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales de Salud y Petición.

Igualmente, legitimación por pasiva respecto de la entidad accionada y vinculadas por cuanto es contra quien se reclama la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde establecer si en el presente caso, procede la tutela si existe vulneración a los derechos fundamentales de Salud de la señora **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, por cuanto a la fecha de la interposición de tutela no había sido posible la cita médica con el especialista en oftalmología y sí procede o no la asignación de cita con el médico laboral.

LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 y 306 de 1.992, establecen que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales y fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en los casos expresamente señalados en las citadas disposiciones.

Así mismo debe señalarse que la acción de tutela es un procedimiento de carácter específico, autónomo, directo y sumario, pues el artículo 6 del Decreto 2591 de 1.991, consagra que la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el argumento antes expuesto la Corte Constitucional ha tenido a bien señalar:

“(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que, si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias. El artículo 86 de la Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para alcanzar una protección cierta, efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado, lo cual implica que tenga la aptitud suficiente para que a través de él se restablezca el derecho vulnerado o se proteja su amenaza”. Sentencia T-252 de 2005 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

EL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD

El ordenamiento colombiano mantiene la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida (artículo 11 y 12 de la C. N.). Ciertamente estos derechos pueden ser social y obligatoriamente amparados a todos los habitantes colombianos mediante la prestación



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

del servicio público de seguridad social bajo la dirección y coordinación del estado (art. 48 C.P.)

El artículo 11 de la C.N. consagra el derecho a la vida, en dicho normativo se dispuso: “El Derecho a la Vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Sobre ese mismo derecho, la H. Corte Constitucional, en Sentencia. T – 370 de 1998, Magistrado ALFREDO BELTRAN SIERRA, dijo:

“La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, y en la conservación del valor de la vida, se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal..., que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligada a aportar, no se le suministre el tratamiento requerido.....”

Pero además en consideración a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T - 760 de 2008, en la que se declara que la salud es un derecho fundamental por sí mismo, autónomo y no necesita estar en conexidad con la vida para que adquiera tal carácter. también “ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “**dignidad humana**” el cual debe ser apreciado en el contexto en el que se encuentra cada persona, como lo expresa el artículo 2 del decreto 2591 de 1991. Al respecto dijo la Corte en la sentencia T – 227 DE 2003 que “ En sentencia T – 801 de 1998, donde indico que **“es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor”**. De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana”¹

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la salud por parte del Estado, pues aquel fue consagrado a cargo de este como un servicio público el cual comporta garantizar **“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, correspondiéndole al ente estatal “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicio de salud a los habitantes...”** (art. 49 de la C.N).

Así mismo la H. corte Constitucional, en sentencia T – 416 de 2001 Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY se ha referido a la salud y vida digna en los siguientes términos.

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud

“El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”

A todo lo anterior, a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la salud fue reconocida como

¹ Corte Constitucional, sentencia T. 227 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud (art. 2°).

En sentencia T 019 de 2019 la Corte Constitucional sostuvo: *“(…) 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. Preciso 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, e interculturalidad, entre otros”.*

Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”

EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD.

“El derecho a la salud², consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 46, es regulado como un servicio público que se presta a toda persona, garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

“Finalmente, entre los principios que rigen la atención en salud, se encuentra el de integralidad. Este se refiere a la necesidad de que los agentes del sistema encargados de la prestación de sus servicios, los autoricen, practiquen y entreguen con la debida diligencia y oportunidad.

“Dicha diligencia no puede ser establecida en forma genérica, sino que debe ser verificada de conformidad con los servicios que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el diagnóstico que trata en el usuario³.

“Este principio no puede entenderse como un mandato abstracto, sino como un imperativo que se traduce en obligaciones concretas para los prestadores de salud, verificables por parte del juez de tutela, cuyas órdenes de atención o tratamiento integral “se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, (...) se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante”⁴.

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Requisito de procedibilidad

En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la

² Ley 1751 de 2015 “POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD” reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible (Declarada EXEQUIBLE por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2015).

³ Sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Sentencia T-053 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. **Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.**

Esta Corporación ha reiterado que **no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual**, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 esta Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005 la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

PERJUICIO IRREMEDIABLE

Deben concurrir varios elementos que configuran su estructuración:

“(i) que sea inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) que sea grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

En ese sentido el accionante tiene la carga de precisar los motivos fundados por los que se configura el perjuicio irremediable pues la sola aseveración de su ocurrencia probable resulta insuficiente como sustento de la procedencia de la acción.

CASO BAJO ESTUDIO

La accionante **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ** se encuentra afiliada al régimen CONTRIBUTIVO a la EPS FAMISANAR en condición de BENEFICIARIA, se verifica en el expediente, la autorización para consulta de control o de seguimiento por especialista en oftalmología, con número de orden 33851432, expedida por el médico Manuel Ruiz de Salud Colsubsidio.

Se observa que la cita a oftalmología la EPS FAMISANAR, se autorizó el servicio para el día de dos (02) de junio del año que avanza con el número de autorización 87340215 para la IPS Fundonal, se agenda cita para el día lunes 06 de junio a las 2:00 pm con la Doctora Alejandra Murcia, la accionada le informa de la cita, intenta comunicación con la usuaria al número de contacto 3214380779, pero no es posible, por cual adjuntaron información de la cita y autorización al correo electrónico de la accionante sandraaaaa456@gmail.com y adjuntaron soporte del mismo. Así las cosas, se configura el denominado Hecho Superado.

La Corte ha interpretado la disposición en el sentido de que el hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado. Concretamente, la hipótesis del hecho superado se configura “cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”.

DE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.

En Sentencia de Tutela T- 444-18, refirió frente al HECHO SUPERADO, lo siguiente:

“Verificación del hecho superado en el caso:

“La acción de tutela tiene como finalidad lograr la protección de los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados por entidades públicas o privadas. No obstante, el juez constitucional ha reconocido que, mientras se da trámite al amparo, pueden surgir algunas circunstancias que lleven al juzgador a concluir que la amenaza o vulneración que motivó la presentación de la acción de tutela ha desaparecido.”⁵

“En este supuesto, cualquier orden que el juez de tutela pueda dar respecto del caso se vuelve inocua y no surtirá efecto debido a que no existe ninguna amenaza o perjuicio a evitar, situación que desvirtúa el objeto esencial para el que la acción de tutela fue creada⁶. Por ello, en esos casos, “el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y, por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”⁷. Este fenómeno ha sido denominado carencia actual de objeto y se puede originar por diferentes motivos, a saber: (i) el hecho superado; (ii) el daño consumado y (iii) cualquier otra circunstancia que permita concluir que la orden del juez de tutela sobre la solicitud de amparo sería inútil.”⁸

⁵ Sentencia T-290 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁶ Sentencia T-323 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Sentencia T-703 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

“Cuando se presenta esta hipótesis, el juez debe abstenerse de impartir orden alguna y declarar la “carencia actual de objeto”. No obstante, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991⁹, el juez de tutela podrá prevenir a la entidad accionada sobre la obligación de proteger el derecho en próximas ocasiones, pues el hecho superado implica aceptar que, si bien dicha vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela, se transgredieron los derechos fundamentales del accionante.

*“De una parte, esta Corporación ha señalado que la carencia actual de objeto por **hecho superado** se presenta cuando desaparecen los actos que amenazan la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, la **Sentencia T-096 de 2006** estableció:*

“Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y, por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”¹⁰

El carácter subsidiario de la acción de tutela en casos de calificación de pérdida de capacidad laboral

La premisa en que se sustenta este requisito está en que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, lo que implica necesariamente, para evaluar su procedencia, que: *“i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o ii) que existiendo el medio ordinario de defensa judicial, este no resulta ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, o en últimas iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En los dos primeros eventos, la tutela procederá de forma definitiva”¹¹*

Lo anterior quiere indicar que las personas deben, primero, hacer uso de todos los recursos ordinarios que el sistema judicial pone a su alcance para lograr la protección de sus derechos que consideren amenazados o vulnerados; de esta manera, se propende por un correcto uso de la tutela. Así las cosas, para la Corte Constitucional es claro que cuando una persona acude al sistema judicial con la idea de hacer valer sus derechos, no puede ignorar la existencia de acciones judiciales preestablecidas en la normatividad vigente, ni buscar que el funcionario judicial, en sede de tutela, sustituya o usurpe las funciones asignadas a otros jueces que, como en el presente caso, es el juez ordinario laboral y de la seguridad social¹².

Así lo aseguró la sentencia T-876 de 2013¹³, en un caso donde el accionante de 54 años y afiliado a ARL, EPS y fondo de pensiones, reclamaba la práctica de una valoración de pérdida de capacidad laboral, ya que las entidades accionadas estaban supeditando el pago de sus incapacidades laborales al cumplimiento del requisito en mención. En esa ocasión la sentencia dijo: *“cuando exista otro medio de defensa judicial mediante el cual se pueda proteger los derechos del demandante, la acción tuitiva es improcedente y, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2463 de 2011, el juez ordinario laboral es el competente para conocer acerca de las controversias que se susciten sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez,”¹⁴*

⁹ Artículo 24. Prevención a la autoridad. *“Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido”.*

¹⁰ Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-160 de 2021 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-256 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo); T-427 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-301 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

¹² Corte Constitucional, sentencia T-046 de 2019 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹³ MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴ Ibidem.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL

La calidad de sujeto de especial protección constitucional del accionante y la necesidad de la prueba. Principio “onus probandi incumbit actori”

el principio “*onus probandi incumbit actori*”, que consiste en que: “*incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue*”, el cual ha sido utilizado por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos de tutela¹⁵ para indicar que existe una carga mínima probatoria en cabeza del accionante, que no se cumplió, sin haber justificación alguna.

La señora Sandra Gutiérrez Gutiérrez, con diagnóstico de Epilepsia con catarata OD, Iridodialis OD Meridiano, respecto a la petición para asignación de cita con medicina laboral, se evidencia que la accionante no ha adelantado ningún trámite para iniciar proceso con medicina laboral, de acuerdo con lo manifestado por la EPS ACCIONADA.

Conforme con la normatividad la EPS debe emitir concepto de Rehabilitación para que el fondo de pensiones realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

El concepto de REHABILITACIÓN se otorga conforme al Decreto Ley 019 del año 2012, “*las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.*”¹⁶

Por lo anterior no se observa prueba de incapacidad alguna, solo la historia clínica y la certificación médica de la cual establece que “no tiene limitaciones que le impidan laborar y determina unas recomendaciones...”. Además, la accionante se encuentra en Calidad de Beneficiario, es decir, no realiza aportes directos como afiliada en calidad de Cotizante.

A partir del análisis llevado a cabo, la circunstancia acerca de la asignación de cita con el médico laboral en la presente acción de tutela es improcedente por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad y el Principio “*onus probandi incumbit actori*”

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: NEGAR por **HECHO SUPERADO** y por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo, la asignación de cita con médico especialista en Oftalmología para la señora **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**.

SEGUNDO: NEGAR el amparo del derecho fundamental a la salud de **SANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ**, de conformidad con las razones expuestas.

TERCERO: DESVINCULAR: de la presente acción constitucional a la **SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA**, por no encontrar de su parte vulneración a los derechos fundamentales del petente.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias T-126 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio); T-575 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa); T-497 de 2002 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-131 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁶ Decreto Ley 019 de 2012 ARTÍCULO 41. *Calificación del Estado de Invalidez.*



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL**

CUARTO: NOTIFIQUESE la presente decisión, **VIA CORREO ELECTRONICO** a la accionante, como a la accionada. De no ser posible utilícese el medio más expedito.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**ASTRID MILENA BAQUERO GUTIERREZ.
JUEZA**

Firmado Por:

**Astrid Milena Baquero Gutierrez
Juez
Juzgado Municipal
Civil 000
Mosquera - Cundinamarca**

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: **c1c5109150cf612fa73317aee74462eef814678a2c12b5db4fd5d37534a392ff**
Documento generado en 09/06/2022 10:43:42 AM

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