Bogotá DC., Catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).-

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a proferir fallo dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **OWER JIMMY BORDA PARRA**, contra la **EPS FAMISANAR**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición y salud.

2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN

El señor OWER JIMMY BORDA PARRA, presenta demanda de acción de tutela, manifestando que el día 3 de agosto del 2021 presentó un derecho de petición ante la EPS FAMISANAR a la fecha no hay ninguna solución.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y se ordene a la EPS accionada dar contestación a la petición.

Como pruebas allegó la siguiente:

- Copia del derecho de petición de fecha 3 de agosto de 2021
- Guía de envió de la empresa Servientrega.
- Orden médica.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor OWER JIMMY BORDA PARRA**,** éste despacho encontró procedente ordenar el traslado de la demanda a la entidad accionada, a fin de notificarle de la misma y para que dentro del término de dos (2) días rindiera las explicaciones que considerara, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndole así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción.

3.1. EPS FAMISANAR, a través de su Directora de Gestión del Riesgo Poblacional, ELIZABETH FUENTES PEDRAZA, informa que el día 6 de agosto de 2021 esa entidad motivó debidamente la respuesta a la petición elevada el 3 agosto de 2021, con radicado 1216370, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 23 de la Constitución y de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y notificando dicha respuesta el mismo día a través de su correo electrónico, considerando que se estaría frente una carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida en que la situación de hecho que aparentemente motivó la acción de tutela no ha existido y ante la ausencia de violación de derechos fundamentales, deberá declararse la improcedencia de la acción constitucional.

Transcribe un aparte de la sentencia T-1130 de 2008, frente al hecho superado y solicita denegar la acción de tutela instaurada por el accionante, por carencia actual de objeto, agregando que la conducta desplegada por esa entidad ha sido legítima y tendiente a proteger los derechos del accionante, además, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio, se declare improcedente la presente acción, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales de la accionante.

Anexa: Respuesta a petición remitida por correo electrónico.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. Procedencia de la Tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela, prevé que toda persona podrá 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 estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

El artículo 5º y 42 numeral 2º del Decreto 2591 de 1991, señalan que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

4.2. De la Competencia.

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, a los Jueces Municipales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad pública del orden Departamental, Distrital o Municipal y contra particulares.

En consecuencia, éste despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, por haber sido instaurada contra una entidad del orden particular, encargada de la prestación del servicio público de salud.

4.3. Problema Jurídico.

Establecer si la EPS FAMISANAR, vulneró los derechos fundamentales invocados, al no dar respuesta al derecho de petición de fecha 3 de agosto de 2021 ni programar la consulta de valoración de cirugía bariátrica.

4.4. De los derechos fundamentales. -

4.4.1. Del derecho de petición:

La Corte Constitucional en copiosa jurisprudencia ha señalado que el derecho de petición ostenta la calidad de fundamental, por lo que el mecanismo idóneo de protección cuando resulta amenazado o vulnerado por la omisión de cualquier autoridad pública o privada es la acción de tutela. Este derecho otorga la facultad, a cualquier persona, de formular solicitudes respetuosas e implica también, el poder exigir una respuesta oportuna y de fondo acerca de lo pretendido.

Así mismo, se ha indicado que el núcleo esencial del derecho de petición está compuesto por las siguientes características[1]:

[1] Ver entre otras las Sentencias T-147 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Vargas), T-012 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Vargas), T-1204 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-364 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynett)

> *(i) la posibilidad cierta y efectiva de presentar, de manera respetuosa, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la facultad de obtener una respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico; (iii) el derecho a recibir una respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad analice la materia propia de la solicitud y se pronuncie sobre la totalidad de los asuntos planteados, es decir, la correspondencia entre la petición y la respuesta, excluyendo fórmulas evasivas o elusivas y; (iv) la pronta comunicación al peticionario sobre la determinación adoptada, con independencia de que su contenido sea favorable o desfavorable[2].*

Ahora bien, el art. 14 de la Ley 1755 de 2015 establece que las peticiones en general se resolverán dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, en tanto que las solicitudes de documentos y de información se decidirán dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo, mientras que las relacionadas con consultas se resolverán dentro de los 30 días siguientes.

Se concluye entonces, que cualquier desconocimiento de los términos legales y jurisprudenciales sobre las respuestas a las peticiones, implica la vulneración de dicha prerrogativa fundamental, siendo como ya se dijo, la acción de tutela el mecanismo idóneo para protegerlo.

4.4.2. Del derecho a la salud:

Entraremos entonces a analizar si efectivamente los derechos que el accionante invocó, se encuentran amenazados, como son los de la Salud y la Vida digna, dignidad humana e integridad personal, al efecto, la Corte Constitucional, dijo:

> *"...derecho a la salud (...) a pesar de ser, en principio, un derecho prestacional, por conexidad con el derecho a la vida, se cataloga como un derecho fundamental, de carácter prestacional y fundado sobre el respeto a la vida y a la dignidad humana. 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…*[3]

> *"Esta Corte ha insistido reiteradamente[4] que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener tanto la normalidad orgánica como la funcional, tanto física como psíquica y psicosomática, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de la persona, lo cual implica una acción de conservación y de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo. En este sentido, ha señalado, además, esta Corporación que "la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo".*[4]

[2] Sentencia T-350 mayo 5 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño
[3] Sentencia T-209/99 M. P. CARLOS GAVIRIA DIAZ
[4] Sentencia T-204 de 2000

*"Finalmente la Sala debe reiterar que el **derecho a la vida** aumenta su radio de acción y obra como fuerza expansiva que lo conecta con otros derechos que sin perder su autonomía le son consustanciales. En este sentido, a juicio de la Corte, la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, tal como lo ha expuesto múltiples veces esta Corporación. En efecto, en la sentencia T-494 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo la Corte lo siguiente:*

*"En este orden de ideas, es claro que la acción de tutela procede como mecanismo judicial para proteger el derecho a la salud cuando este se halle en íntima conexión con otros derechos como la vida e incluso **la seguridad social…".***

En cuando a la "***dignidad humana** es un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas naturales. Según la Corte el derecho a la **dignidad** tiene un triple objeto de protección: a) **la autonomía individual**, b) **las condiciones materiales para el logro de una vida digna** y c) **la integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada**. El derecho a la dignidad humana protege el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna y el derecho a vivir sin humillaciones.*

Por regla general de manera paralela y simultánea con otros derechos fundamentales con los cuales guarda una estrecha relación, como la vida, la igualdad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, el mínimo vital, la identidad personal y la propia imagen, entre otros (T-881/02)".

4.5. DEL CASO CONCRETO

El peticionario solicita el amparo de su derecho fundamental de petición, debido a que el día 3 de agosto del presente año presentó una solicitud en la cual requería asignar una cita de valoración por cirugía bariátrica, ordenada por el médico endocrinólogo Doctor Javier Benavides.

Con ocasión al traslado de la acción de tutela, la entidad accionada EPS FAMISANAR informan el día 6 de agosto de 2021, dio respuesta a la solicitud que radicó el accionante, como se evidencia a continuación.

RESPUESTA DEL REQUERIMIENTO Q - 1216370

PQR Acceso <pqrsacceso@famisanar.com.co>
Vie 6/08/2021 7:36 AM
Para: OWERJIMMUY@GMAIL.COM <OWERJIMMUY@GMAIL.COM>

¡Queremos Ayudarte!
Queremos que cada día sean más las razones para confiar en nosotros.
Califica nuestro servicio ¡Solo tardarás un minuto!
Ingresa Aquí

Reciba la bienvenida a Famisanar y el agradecimiento por visitar nuestra página WEB. A continuación, daremos respuesta a la comunicación enviada por usted con número de radicado Q - 1216370

Famisanar

- 622 -

Respetado(a) Señor(a)
OWER JIMMY BORDA PARRA Q - 1216370
CC. 79811620
TR 40A N 19 51 SUR
OWERJIMMUY@GMAIL.COM
Teléfono: 3125548893
Bogotá, D.C.

Reciba un cordial saludo:

Hemos tenido la oportunidad de recibir su requerimiento radicado en nuestros canales de atención el día 05 de Agosto de 2021, en referencia a la solicitud de Valoración Cirugías Bariatrica para nuestro afiliado, al respecto nos permitimos informar:

De acuerdo con el análisis realizado al interior de EPS Famisanar, nos permitimos indicar:

Para poder validar el caso es necesario que por favor nos adjunte los soportes al correo cirugiabariatrica@famisanar.com.co de la solicitud realizada, los cuales deben incluir:

Orden medica de remisión cirugía bariatrica
Historia clínica de Valoración por Nutrición
Historia clínica de Valoración por Endocrinología
Historia clínica de Valoración por Psicología o Psiquiatría

En cada uno de estos debe estar especificado que se avala el procedimiento quirúrgico.

Agradecemos que nos haya manifestado su requerimiento al respecto.

Respecto a la problemática planteada, necesario determinar la procedencia de la acción de tutela, la cual fue concebida como mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales, por ello, su utilización es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando, examinado todo el sistema de acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para su protección, y por tanto, no haya mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación importante e irreversible de las garantías constitucionales, teniendo en cuenta que como medio de defensa expedito y sumario, tiene la vocación para concurrir a la protección oportuna y efectiva de los bienes jurídicos comprometidos, sobre los cuales debe verificarse una amenaza grave e inminente, que amerite la intervención urgente del juez de tutela en aras de su protección.

Bajo esas condiciones de procedencia excepcional y subsidiaria de la acción de tutela, de cara a la presunta afectación a derechos fundamentales de la salud y petición, deprecados por el accionante, y verificada la orden medica adjunta al presente trámite, ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial y a fin de evitar un perjuicio irremediable, se hace necesario realizar el estudio del caso sub exánime.

Al examinar el contenido del derecho de petición y que no se ha brindado una respuesta clara y de fondo por parte de la accionada, resulta claro para el Despacho que la demandada no cumplió con los presupuestos jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional frente al derecho de petición, pues pese a que se emitió una respuesta esta no se hace referencia a la solicitud de VALORACION, dado que la demandada asume que se trata de la programación de la CIRUGIA BARIATRICA.

Cabe aclarar, que la satisfacción del derecho de petición no se traduce necesariamente en una decisión favorable o positiva a los intereses del peticionario, por ello, no puede el juez constitucional imponer a la autoridad accionada la obligación de responder en un sentido determinado, pues ello desborda el alcance del mecanismo subsidiario de la acción de tutela, pero sí, la de requerir que se brinde una respuesta clara, coherente y completa y de fondo, que satisfaga cada una de las pretensiones contenidas en el derecho de petición, independientemente de si es favorable o desfavorable, pero en el caso, no se dio respuesta clara y coherente a lo peticionado.

En estas condiciones es evidente que no se acreditó la emisión de congruente al derecho de petición conforme a los parámetros de la Ley 1755 de 2015, y por tanto se afectó el derecho fundamental de petición del señor OWER JIMMY BORDA PARRA**,** razón por la cual se tutelará.

Teniendo en cuenta que el accionante a través de un derecho de petición, requiere de la demandada la prestación de servicios médicos tendientes a materializar la cita de valoración con el especialista en cirugía bariátrica, como se evidencia de la orden medica y ante la demora en atender oportunamente la autorización de la accionante, tal como lo acreditó, con las pruebas aportadas por la demandante, y tan sólo con ocasión del trámite de la acción de tutela se respondió el derecho de petición, pero no se resolvió de fondo lo pretendido, sino que se requirió unos requisitos, propios del procedimiento quirúrgico, cuando lo ordenado y requerido es una valoración, como se evidencia en la orden:

Salud Colsubsidio — CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR

Fecha: 02.08.2021 Hora: 15:18:16
Nombre: OWER BORDA PARRA Documento de Identificación: CédulaCiudadani 79411620
Indicaciones:

SE SOLICITA VALORACION POR CIRUGIA BARIATRICA

DX: E669 – E749

Nombre Prestador: BENAVIDES1, JAVIER
Documento de Identificación: 13957855-1
Especialidad del médico: ENDOCRINOLOGIA
Lugar de Atención: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COL

Se debe entonces atender el principio de oficiosidad del juez de tutela;

> *"El principio de oficiosidad, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio de informalidad, se traduce en el papel activo que debe asumir el juez de tutela en la conducción del proceso, no sólo en lo que tiene que ver con la interpretación de la solicitud de amparo, sino también, en la búsqueda de los elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su conocimiento, para con ello tomar una decisión de fondo que consulte la justicia, que abarque íntegramente la problemática planteada, y de esta forma provea una solución efectiva y adecuada, de tal manera que se protejan de manera inmediata los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita si hay lugar a ello."* ***En ejercicio de estas atribuciones conferidas al juez constitucional de acuerdo con el principio de oficiosidad, es razonable que el objeto de la acción de tutela cambie en ciertos casos, pues el juez tiene el deber de determinar qué es lo que accionante persigue con el recurso de amparo, con el fin de brindarle la protección más eficaz posible de sus derechos fundamentales.*** *Así, en ese análisis, puede encontrar circunstancias no indicadas en el escrito de tutela sobre las que se hace necesario su pronunciamiento.* (negrita y subrayado por el despacho)

Por ello, no se puede limitar al derecho de petición, puesto que en el caso en estudio la respuesta trasciende y afecta el derecho fundamental a la salud del afectado señor OWER JIMMY BORDA PARRA, el cual con la contestación no tiene una solución real a su problemática, cabe destacar que la orden médica data del 2 de agosto de 2021, no se atendido y por el contrario se requiere una carga adicional al demandante:

> *Para poder validar el caso es necesario que por favor nos adjunte los soportes al correo cirugiabariatrica@famisanar.com.co de la solicitud realizada, los cueles deben incluir:*
>
> *Orden medica de remisión cirugía bariatrica*
> *Historia clínica de Valoración por Nutrición*
> *Historia clínica de Valoración por Endocrinologia*
> *Historia clínica de Valoración por Psicología o Psiquiatría*
> *En cada uno de estos <u>debe estar especificado que se avala el procedimiento quirúrgico.</u>* (subrayado por el despacho)

Con la finalidad de atender las previsiones de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998, que reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y que prevé que el Plan Obligatorio tiene las limitaciones y exclusiones que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social, y adoptar medidas preventivas, según lo acreditado en la ordene medica aportada al presente trámite,

al establecer la necesidad de una VALORACION POR CIRUGIA BARIATRICA, se hace necesario garantizar los derechos del accionante, al encontrarse en un estado de debilidad, circunstancia que lo hace acreedor del amparo constitucional especial.

Ahora, si bien la Ley estatutaria de salud 1751 de 2015 establece que, sobre la base de los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el POS tiene exclusiones y limitaciones que corresponden a las actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, aquellos que sean considerados como estéticos, cosméticos o suntuarios y los que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

También es necesario destacar que la Honorable Corte Constitucional, aplicando el principio de prelación de la Constitución Política sobre las demás normas jurídicas del Estado, ha ordenado la inaplicación de las normas que excluyen tratamientos, medicamentos y demás suministros requeridos por los afiliados al sistema General de Seguridad Social en Salud, disponiendo a cambio garantizar su práctica, cuando se verifique ponerse en riesgo la afectación o vulneración de los derechos fundamentales, pudiéndose eludir las normas inferiores que impidan el goce normal de los mismos.

Por lo anterior, se **ORDENA** a la **EPS FAMISANAR** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta decisión, emita una **RESPUESTA** de fondo, clara, precisa y congruente con la solicitud de programación de valoración con cirugía bariátrica de fecha 3 de agosto de 2021, así mismo **PROGRAME** la consulta de valoración con cirugía bariátrica de conformidad con la orden medica de fecha 2 de agosto del presente año, e informar al juzgado su cumplimiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: **TUTELAR** los derechos fundamentales petición y salud del señor **OWER JIMMY BORDA PARRA**, contra la **EPS FAMISANAR**, como se determinó en esta decisión.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la **EPS FAMISANAR,** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta decisión, emita una **RESPUESTA** de fondo, clara, precisa y congruente con la solicitud de programación de valoración con cirugía bariátrica de fecha 3 de agosto de 2021, así mismo **PROGRAME** la consulta de valoración con cirugía bariátrica de conformidad con la orden medica de fecha 2 de agosto del presente año, en los términos mencionados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Entérese a la entidad tutelada que, en el caso de no darle cumplimiento a esta orden judicial, se iniciarán las acciones

pertinentes, conforme a los artículos 27 y 52 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido este trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la **Corte Constitucional,** para su eventual revisión.

QUINTO: Contra el presente fallo procede el recurso de impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ

Firmado Por:

Ligia Aydee Lasso Bernal
Juez
Penal 038 Control De Garantías
Juzgado Municipal
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

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:
1c19186b672d59fbf65fce85f70828892d53b3118de8888139de7f9c3ae6fd11
Documento generado en 14/09/2021 07:51:27 PM

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