

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá, trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por la ciudadana Naidu Astrid Serrato Chaparro quién actúa como agente oficiosa de su padre Gerardo Serrato Fajardo contra la **EPS FAMISANAR y la CLINICA PALERMO**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida.

HECHOS

Refiere la accionante que su padre Gerardo Serrato Fajardo de 91 años de edad, padece enfermedad pulmonar EPOC, quién en la madrugada del pasado 23 de marzo presentó un episodio respiratorio por el cual debió ser hospitalizado en la Clínica Palermo, donde debido a los problemas respiratorios que presentaba fue hospitalizado en el pabellón de COVID 19 ordenando de manera inmediata la práctica de la respectiva prueba.

Indica que el resultado negativo de la prueba salió el 24 de marzo, fecha desde de la cual se solicitó de manera verbal y escrita el traslado del pabellón COVID 19 a una habitación fuera de ese pabellón e individual debido a su estado de salud ya que de contraer el virus no tendría posibilidades de salvación por su problema pulmonar.

Agrega que toda la familia desde que comenzó el virus COVID 19 guardó al abuelo sin permitirle salidas ni ingreso de familiares a visitarlo por su estado de salud y la permanencia en un pabellón COVID representaría un riesgo que le podría ocasionar la muerte.

Señala que su padre ha padecido de dicha enfermedad por más de 10 años y ha tenido episodios como el que se encuentra enfrentando en este momento, obteniendo resultado favorable debido a la oportuna intervención médica y el tratamiento de antibiótico.

Argumenta que los médicos les han indicado que ya colocaron dentro de la historia clínica que su padre debe estar en una habitación individual por su estado de salud, sin embargo, no lo trasladan porque no existen habitaciones disponibles. Motivo por el cual solicita como medida provisional se ordene a las accionadas saquen a su padre del pabellón COVID 19, por no estar contagiado del virus y lo ubique en una habitación individual, sin la presencia de ningún otro paciente.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 26 de marzo de 2021 se admitió la tutela y se accedió a la medida provisional solicitada por la parte accionante ordenando al representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS FAMISANAR y CLINICA PALERMO, **autoricen y efectúen con las medidas de bioseguridad para prevenir contagios en atención a la pandemia mundial del Covid 19**, el traslado del señor GERARDO SERRATO FAJARDO del pabellón COVID-19 de la CLINICA PALERMO donde se encuentra hospitalizado a una habitación individual, sin presencia de otros pacientes, atendiendo el tipo de enfermedad que padece y que se trata de una persona de la tercera edad, sin dilaciones ni excusas. Así mismo se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos al extremo accionado, acto que se surtió con correo electrónico de la misma fecha.

La EPS accionada, a través del Gerente Regional de los Llanos, Orientales de la EPS FAMISANAR informo que una vez conocida la presente acción, se procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de la entidad, quienes con base en la historia del paciente y lo reportado en el sistema informaron lo siguiente: *“Masculino de 91 años de edad quien ingresa en traslado primario de Emermédica por cuadro de aproximadamente 24 horas de evolución de tos seca con expectoración amarillenta ocasional y picos febriles cuantificados en ultimas horas con aumento de requerimiento de aumento de suplencia de oxígeno por desaturación. Los diagnósticos que padece son: Insuficiencia respiratoria hipoxémica, Neumonía grave por Acin para COVID 19 negativo 22/03/2021 panel viral negativo, EPOC exacerbado, Anthonisen II, secuelas de tuberculosis pulmonar, consolidación de la lingula, HTA en manejo, Demencia vascular, trastorno de ansiedad por H.C., dependencia funcional severa Barthel 20/100, lesión renal aguda KDIGO, se evidencia en historia clínica adecuado manejo desde el 23, de igual manera se observa en historia clínica que el paciente se encontraba en habitación 517- piso 5. Fallece el domingo 28 de marzo.”*

Argumenta que su representada autorizó y garantizo al afiliado GERARDO SERRATO FAJARDO (Q.E.P.D.) cada uno de los servicios requeridos para el tratamiento de las múltiples patologías que padecía, incluso durante su estadía hospitalaria la EPS a través de la clínica Palermo autorizó las valoraciones, procedimientos e insumos solicitados para su recuperación, todo lo anterior en aras de garantizar al usuario una atención en salud integral e idónea, sin embargo a pesar del tratamiento recibido, el afiliado falleció el domingo 28 de marzo de 2021 debido a las complicaciones de salud que presentó.

Aclara que en ningún momento hubo negación u omisión por parte de FAMISANAR, por el contrario se procuró brindar una atención continua y completa al usuario en pro de su estado de salud, agotando las gestiones administrativas internas con su red adscrita, en este caso con la IPS Clínica Palermo, entidad que conforme su idoneidad y capacidad

técnico científica prestó en todo momento sus servicios, procedimientos e insumos que requirió el paciente.

Concluye aduciendo que la presente acción no está llamada a prosperar, dado que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental atribuible a FAMISANAR EPS, porque la conducta de ésta, en todo momento ha estado ajustada a la normatividad legal vigente que regula el funcionamiento del Sistema General De Seguridad Social en Salud y a todas las disposiciones legales relacionadas con el caso que nos atañe, al no haber negación alguna de los servicios por parte de su representada.

La Clínica Palermo guardó silencio en el presente trámite.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURIDICOS

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido burlados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, el cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

4.1. Problema Jurídico:

Compete establecer si en este caso, la **EPS FAMISANAR y la CLINICA PALERMO**, vulneraron los derechos fundamentales a la salud y vida del señor GERARDO FAJARDO SERRATO (Q.E.P.D.) al no haber autorizado ni realizado el traslado del mismo, del pabellón de COVID 19 de la Clínica Palermo donde se encontraba hospitalizado a una habitación individual debido a su estado delicado de salud al presentar enfermedad pulmonar obstructiva crónica, entre otras enfermedades.

4.2. Procedibilidad

• Legitimación Activa

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la tercera de las posibilidades dado que la accionante Naidu Astrid Serrato Chaparro actúa como agente oficiosa de su padre Gerardo Serrato Fajardo en defensa de sus derechos fundamentales a la salud y vida, por ello se encuentra legitimada para actuar.

• Legitimación Pasiva

Según lo establecido en los artículos 1 y 5° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública, y los particulares en algunos casos. En sentencia T037 de 2018, la Corte Constitucional indicó al respecto que: *“El ya referenciado artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela será ejercida contra (i) cualquier autoridad pública o (ii) excepcionalmente particulares, siempre que estos últimos estén a cargo de la prestación de un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.”*

Teniendo en cuenta que las entidades accionadas se encuentran a cargo de la prestación de un servicio público, como lo es la salud, se encuentra acreditada la legitimidad en la causa por pasiva.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue promovida como quiera que el señor GERARDO SERRATO FAJARDO (Q.E.P.D.) fue hospitalizado el día 23 de marzo de 2021 en la Clínica Palermo debido a complicaciones que presentara debido a la enfermedad –EPOC- que sufre donde fue ubicado en el pabellón de COVID 19 mientras se le practicaba la prueba COVID cuyo resultado que arrojó negativo se obtuvo el 24 de marzo, fecha desde la que su familia solicitó de manera verbal y por escrito el traslado de habitación sin que las accionadas hubieran efectuado el mismo. Así las cosas, se evidencia que la acción de tutela fue interpuesta casi que de manera inmediata cumpliendo con el requisito de inmediatez.

- **Subsidiariedad**

A voces del artículo 86 de la Carta Política establece 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"*. Disposición desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso, pretende la accionante la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida de su padre, prerrogativa que puede ser garantizada por medio de acción de tutela, porque en el ordenamiento interno, no existe otro mecanismo de protección que resulte ser idóneo ni eficaz para conseguir tal fin.

4.3 Caso Concreto

De manera reiterada la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tiene carácter de derecho fundamental. Así lo ha expresado:

«Con respecto a la salud el Estado tiene la obligación de ofrecer el servicio de su mantenimiento y recuperación, reconociendo una mayor garantía para sujetos considerados como de especial protección constitucional en razón a sus condiciones particulares que los hacen merecedoras de una acción afirmativa Estatal, como lo son los niños, las personas de la tercera edad, los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. La salud es un derecho fundamental amparable por medio de la acción de tutela, pues con su garantía se da protección al individuo, centro de la actuación estatal, y asimismo se garantizan otros derechos de rango fundamental. Este derecho incluye, entre otros aspectos, el tener acceso a los servicios necesarios para recuperar su salud, la continuidad en el tratamiento prescrito por el médico y la realización de un procedimiento para el cambio de un determinado diagnóstico y por ende de un tratamiento.» (Sentencia consultada T603 de 2010 M. P. Dr. Juan Carlos Henao)».

Lo anterior significa que el Estado colombiano, a través de las empresas promotoras que prestan el servicio esencial de salud a la población, deben procurar de manera efectiva y oportuna que a la persona que padezca algún quebranto de salud se le preste la atención debida, evitándole la prolongación de dolencias físicas o inconvenientes y sin ninguna clase de dilaciones o limitaciones, en aras de optimizar la calidad de vida como garantía fundamental de la misma, honra y bienes de los ciudadanos integrantes de un Estado Social y de Derecho.

De igual forma, ha sido criterio reiterado de nuestro máximo Tribunal de Justicia Constitucional que la salud, conforme el artículo 49 de la Constitución Política, por ser un derecho de carácter fundamental, no se circunscribe únicamente a la atención de la enfermedad que aqueja al paciente o aliviar el dolor que padece, sino que envuelve además la totalidad de actuaciones tendientes a procurar que mantenga una vida sana, lo cual está íntimamente ligado a la dignidad humana, pues el ser humano tiene derecho a gozar de una vida digna, es decir, a poder desarrollar todas las facultades que como persona le son inherentes.

Lo anterior supone, no que las entidades deban asegurar incondicionalmente un estado de salud óptimo a la población, sino que tienen la obligación de cumplir sus compromisos de origen constitucional y legal de procurar, con los recursos disponibles, mantener y mejorar las condiciones de salud de sus pacientes y continuar los tratamientos ya iniciados para obtener la mejoría o la estabilización de dichas condiciones.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional al precisar: *Quienes prestan los servicios de la seguridad social, en pensiones, en salud o en riesgos profesionales, asumen más que la calidad de contrapartes contractuales: adquieren la calidad de garantes de los derechos constitucionales -fundamentales algunos- de sus afiliados. Bajo tales condiciones están sujetos a cargas derivadas de su condición de garantes. Lo contrario sería tanto como echar marcha atrás en el compromiso adquirido por el Estado en materia de salud.*¹

En el caso concreto, la agenciante refiere que su padre GERARDO SERRATO FAJARDO (Q.E.P.D.) fue hospitalizado el día 23 de marzo de 2021 en la Clínica Palermo debido a complicaciones que presentara debido a la enfermedad –EPOC-, entre otras, que padece y por las cuales presentó una crisis, luego de que realizara un viaje a Villavicencio con el fin de aplicarse la vacuna del COVID 19, como quiera que la EPS FAMISANAR no autorizó su aplicación en la ciudad de Bogotá, razón por la que tuvo que ser hospitalizado en la Clínica Palermo, donde fue ubicado en el pabellón de COVID 19, mientras se le practicaba la prueba COVID cuyo resultado que arrojó negativo se obtuvo el 24 de marzo, fecha desde la que su familia solicitó de manera verbal y por escrito el traslado de habitación, pues el permanecer en la misma ponía en riesgo su salud y vida al poder contagiarse del virus que está afectando a la humanidad, sin que las accionadas hubieran efectuado el mismo y por lo cual acudió al presente mecanismo de protección constitucional solicitando dicho

¹ T-163 de 26 de febrero de 2003, M.P. Eduardo Montealegre.

traslado a través de una medida provisional, que en efecto fue concedida por este juzgado.

Al respecto, la EPS accionada al descorrer el traslado de la presente acción de tutela informó que el señor Gerardo Serrato Fajardo falleció el pasado 28 de marzo debido a las complicaciones de salud que presentó, aclarando que se le autorizó y garantizó al mismo, cada uno de los servicios requeridos para el tratamiento de las múltiples patologías que padecía, incluso durante su estadía hospitalaria la EPS a través de la clínica Palermo autorizó las valoraciones, procedimientos e insumos solicitados para su recuperación, todo lo anterior en aras de garantizar al usuario una atención en salud integral e idónea.

Cuando estamos frente a la muerte del titular de los derechos fundamentales cuya protección se reclama a través de la acción de tutela, como ocurre en el presente caso, la Honorable Corte Constitucional ha establecido que opera la carencia actual de objeto y en Sentencia T-382 de 2018 reiteró lo siguiente:

“Carencia actual de objeto por la muerte del titular de los derechos fundamentales cuya protección se reclama a través de la acción de tutela:

El artículo 86 de la Carta Política prevé que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el trámite constitucional pueden presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o las amenazas invocadas cesaron porque: (i) se concretó el daño alegado; (ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o (iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo. Las situaciones descritas generan la extinción del objeto jurídico del amparo, razón por la que cualquier orden de protección emitida por el juez en este momento procesal caería en el vacío. Este fenómeno ha sido denominado por la jurisprudencia constitucional como “carencia actual de objeto”, y se ha clasificado en tres categorías generales: (i) el hecho superado, (ii) el daño consumado y (iii) la pérdida de interés en la

pretensión. 5. El hecho superado se configura cuando en el trámite constitucional las acciones u omisiones que amenazan al derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión perseguida a través de la acción de tutela. Bajo estas circunstancias la orden a impartir por el juez pierde su razón de ser porque el derecho ya no se encuentra en riesgo. (..)6. Por su parte, el daño consumado corresponde a la situación en la que se afectan de manera definitiva los derechos de los ciudadanos antes de que el juez constitucional logre pronunciarse sobre la petición de amparo, es decir, ocurre el daño que se pretendía evitar con la acción de tutela. En este escenario, la parte accionada no redirigió su conducta para el restablecimiento de los derechos y cuando, en efecto, se constata la afectación denunciada, ya no es posible conjurarla. En esta hipótesis, a pesar de la improcedencia de la acción, el juez también puede pronunciarse de fondo con el propósito de: (i) valorar si la afectación tiene un sentido objetivo e involucra la competencia del juez constitucional, en especial, la de la Corte Constitucional cuya función principal es interpretar normas constitucionales y definir los núcleos o los contenidos de derechos fundamentales; (ii) disponer correctivos respecto de personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional; (iii) compulsar copias para la investigación de las actuaciones irregulares advertidas; y (iv) diseñar medidas de reparación si lo estima conveniente. 7. Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido que la carencia actual de objeto puede ser consecuencia de una modificación de la situación de hecho que motivó la acción de tutela que genere la pérdida de interés del actor en la pretensión. En ese sentido, se ha precisado que: “es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto” 8. Ahora bien, en el marco de las categorías descritas, la jurisprudencia constitucional ha identificado, de forma particular, los escenarios que se configuran cuando se presenta la muerte del titular de los derechos fundamentales en el trámite de la acción de tutela. En relación con esa circunstancia, la Sentencia SU-540 de 2007 aclaró que la muerte del

accionante no puede ser clasificada como un hecho superado, ya que este fenómeno puede estar íntimamente relacionado con la satisfacción de la pretensión elevada en sede de tutela. En efecto, hizo referencia a la acepción general de la expresión, esto es, “vencer obstáculos o dificultades” y con base en esta señaló que, en el contexto de la acción de tutela los efectos de la muerte del accionante respecto a la protección de los derechos fundamentales que se buscaban proteger no son un vencimiento de dificultades, sino más bien una pérdida o daño consumado. A partir de esas consideraciones, la Sala Plena precisó que la muerte del actor en el trámite de la tutela puede acercarse más a la categoría del daño consumado y puede provocar un estudio de fondo. Sin embargo, el análisis en esta hipótesis no conlleva, necesariamente, a la concesión del amparo, la emisión de correctivos o al reproche de la conducta del sujeto accionado, pues el juez: (i) puede determinar el incumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción previstos en el artículo 86 Superior o (ii) a pesar del fallecimiento del titular de los derechos descartar la vulneración denunciada” (Subrayado del despacho)

Ante lo manifestado por la accionada, esta instancia judicial se comunicó al teléfono celular suministrado por la accionante, en el que respondió la señora ERIKA CHAVARRO, nieta del señor GERARDO SERRATO FAJARDO, quien al preguntársele si las entidades accionadas, habían procedido a efectuar el cambio de habitación a su abuelo en la Clínica Palermo donde se encontraba hospitalizado, informó sobre el fallecimiento del mismo, sin embargo aduce que la Clínica Palermo si realizó el cambio de habitación, del pabellón de COVID a la habitación N.376 el mismo día que se concedió la medida provisional ordenada por este juzgado tal y como se desprende de la constancia secretarial realizada el 5 de abril de 2021.

De acuerdo a lo anteriormente, se observa que en el presente asunto ha cesado la amenaza de los derechos fundamentales del señor GERARDO SERRATO FAJARDO ante su lamentable deceso, el cual fue informado a este despacho por la EPS accionada, el cual ocurrió el pasado 28 de marzo

por complicaciones que presentó en su salud, por lo que se configura una carencia actual de objeto en la presente acción de tutela, razón por la cual cualquier decisión que se impartiera frente a los hechos aquí suscitados resultaría inane, evidenciando que se prestaron por las accionadas los servicios médicos que el señor SERRATO FAJARDO requirió en vida, especialmente la atención médica que recibió en la última oportunidad a causa de su agravación frente a la enfermedad EPOC que padecía, pues pese a que se evidenció una dilación en el proceso de traslado del paciente del pabellón de COVID 19 a una habitación individual, finalmente las entidades accionadas, en cumplimiento de la medida provisional aquí ordenada, procedieron a efectuar el cambio de habitación.

Por lo que en este caso no hay que entrar a estudiar la materialización de un daño consumado, cuando se demostró en el presente trámite que no se presentó una negativa u omisión a la hora de prestar los servicios médicos que requirió el señor SERRATO FAJARDO (Q.E.P.D.) por parte de las entidades accionadas y aunado a ello dieron cumplimiento a lo ordenado en la Medida Provisional aquí decretada con lo cual se descarta esa vulneración de derechos fundamentales del hoy fallecido.

Teniendo en cuenta las razones expuestas, y en atención a que se configuró una carencia actual de objeto y no existiendo para este momento vulneración a derecho fundamental alguno, se decreta IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – **NEGAR** por carencia actual de objeto la presente acción de tutela impetrada por la señora Naidu Astrid Serrato Chaparro quién

actúa como agente oficiosa de su padre Gerardo Serrato Fajardo (Q.E.P.D.)
contra la **EPS FAMISANAR y la CLINICA PALERMO** de acuerdo a las
razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones
del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea
impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual
revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

MUNICIPAL DE 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:

**c2ff83179086483f03cf0749f49644c753fd159b4ef717fbd5870032e
4851f0e**

Documento generado en 13/04/2021 07:59:18 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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